Die Stellung des Erwerbsgeschäfts der Ehefrau

im Güterstand der Verwaltung und Nutznießung.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Julius Michalski
Kammergerichtsreferendar.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1914.

Referent: Professor Dr. Beyerle.

Dem Andenken meiner Eltern

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Erster Teil.

Die Rechte des Ehemannes am Erwerbsgeschäft der Ehefrau im Güterstand der Verwaltung und Nutznießung.

§ 1. Überblick 2
§ 2. Begriff des selbständigen Betriebs eines Erwerbsgeschäfts 5
§ 3. Die Gestaltung der Rechte des Ehemannes im allgemeinen 12
§ 4. Die Bedeutung des § 1405 BGB. für die Unabhängigkeit der Geschäftsfrau 14
§ 5. Die in der Literatur bestehenden Meinungen über den güterrechtlichen Einfluß des Ehemannes auf das Erwerbsgeschäft der Ehefrau . . . 20
§ 6. Wolffs Ansicht über den güterrechtlichen Charakter des Erwerbsgeschäfts der Ehefrau 36

Zweiter Teil.

Die rechtliche Natur des Unternehmens.

§ 7. Allgemeines 40
§ 8. Ablehnung der Begriffsbestimmungen des Unternehmens 42
§ 9. Wesen und Umfang des Unternehmens 51

Dritter Teil.

Wolffs Problem.

§ 10. Seine Begründung und Würdigung 62

Rückblick und Schlußwort 71

Literaturverzeichnis.

v. Baligand, Der Ehevertrag. 1906.

Beck, Der Betrieb eines Erwerbsgeschäftes durch die Ehefrau im ordentlichen gesetzlichen Güterstande des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Heidelberg 1912.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 1896.

Behrend, Über die Haftung des Firmenerwerbers für die vor seiner Geschäftsübernahme unter dem Namen der Firma kontrahierten Passiva. In der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen Bd. 4 S. 429 ff.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Beyer, Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuche. 1905.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche. Teil 1. 1901.

Binder, Der Gegenstand. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 59 S. 1 ff.

Binder, Vermögensrecht und Gegenstand. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 34 S. 209 ff.

Bollenbeck, Umfang und Grenzen der Vertragsfreiheit im ehelichen Güterrecht. In der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1911 S. 687 ff.

Brand, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1911.

Brugeilles, Essai sur la nature juridique de l'entreprise. Dans Revue Trimestrielle de Droit Civil 1912 p. 111 sqq.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. 1910.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Teil 2: Familienrecht. 5. Aufl. 1912.

Crome, Familienrecht. 1. Aufl. 1908.

Crome, Erbrecht. 1. Aufl. 1912.

Dernburg, Deutsches Familienrecht. 4. Aufl. 1908.

Dernburg, Deutsches Erbrecht. 3. Aufl., bearbeitet von Engelmann. 1911.

Dernburg, Sind die einem selbständigen Erwerbsgeschäft einer Ehefrau bestimmten Sachen Vorbehaltsgut? In der Deutschen Juristenzeitung 1902 S. 465 ff.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 2. Aufl. 1908.

Ehrlich, Das zwingende und nicht zwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.

Endemann, Familienrecht. 8./9. Aufl. 1908.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse. 6.—8. Aufl. 1911 von Enneccerus. — Sachenrecht. 2. Bearbeitung 1913 von Wolff. — Familienrecht. 1./2. Aufl. 1912 von Kipp-Wolff. (Eherecht von Wolff.)

Erler-Ebbecke, Familienrecht. Im Kommentar der Reichsgerichtsräte. 1. Aufl. 1911.
Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 8. Aufl. 1909.
Geller, Das Unternehmen. Im Österreichischen Zentralblatt für die juristische Praxis 1908 S. 873 ff., 1909 S. 1 ff., 1910 S. 881 ff.
Goldmann, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 1901.
Grave, Das kaufmännische Geschäft. Diss. Kiel 1905.
Guyot, L'activité économique de la femme mariée et ses conséquences juridiques. Paris 1910.
Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Vorträge. 2. Aufl. 1900.
Heinsheimer, Das Recht des Mannes am Vermögen der Frau bei dem ordentlichen gesetzlichen Güterstande des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1903. (In Fischers Abhandlungen Bd. 10 Heft 3.)
Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts. Teil 2. Abt. 1. 1. Aufl. 1912.
Hörle, Die Stellung der Ehefrau im Betrieb eines Erwerbsgeschäfts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1907.
Jacobsohn, Die Unterlassungsklage. Diss. Berlin 1912.
Jacusiel, Nutzungsrechte am Handelsgeschäft. 1906.
Isay, R., Das Recht am Unternehmen. 1910.
Isay, H., Patentgesetz. 2. Aufl. 1911.
Kästner, Die erwerbstätige Ehefrau nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. Leipzig 1910.
Kellerhals, Die Nußnießung am Handelsgeschäft. In der Zeitschrift für schweizerisches Recht 1912 S. 269 ff.
Kiese, Rechte des Mannes an dem von der Frau in die Ehe beigebrachten Handelsgeschäft bei gesetzlichem Güterstand. In der Württembergischen Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung 1907 S. 207 ff.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1. Aufl. 1906.
Kohler, Das Warenzeichenrecht. 2. Aufl. 1910.
Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 5. Aufl. 1913.
v. Kramer, Über das Unternehmen im Rechtsverkehr. Diss. Leipzig 1910.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. 1912.
Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1901.
Leonhard, Kommentar zum Erbrecht. 2. Aufl. 1912.
Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 13. Aufl. 1906.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 4: Familienrecht. 2. Aufl. 1896.
Morgenstern, Die Erwerbstätigkeit der Ehefrau und der Einfluß des Mannes auf diese unter Zugrundelegung des ordentlichen gesetzlichen Güterstandes des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Greifswald 1912.
Müller, Die rechtliche Natur des Handelsgeschäfts. Diss. Halle 1908.
Müller-Erzbach, Der Schutz der Unternehmerarbeit. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 64 S. 530 ff.

Müller-Erzbach, Besprechung von: Das Recht am Unternehmen, von Isay. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 71 S. 417 ff.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 6. Aufl. 1912.

Ochwadt, Gewinnt das Beteiligungsverhältnis der Ehefrau an einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft beim ordentlichen gesetzlichen Güterstande des Bürgerlichen Gesetzbuchs stets die Eigenschaft des Vorbehaltsguts? Heidelberger Diss. Borna-Leipzig 1908.

Oehlert, Das Recht des Mannes am Handelsgeschäft der Frau. Heidelberger Diss. 1910.

v. Ohmeyer, Das Unternehmen als Rechtsobjekt. 1906.

Opet-v. Blume, Kommentar zum Familienrecht. 1906.

Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs. 1907.

Pisko, Besprechung von: Das Recht am Unternehmen, von Isay. In Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart 1911 S. 742 ff.

Planck, Kommentar zum Allgemeinen Teil. Lieferung 1. 4. Aufl. 1913.

Planck, Kommentar zum Familienrecht (Unzner). 3. Aufl. 1906.

v. Randa, Das österreichische Handelsrecht. Bd. 1. 2. Aufl. 1911.

Regelsberger, Über die Haftung des Firmaerwerbers für die unter der Firma von einem früheren Inhaber eingegangenen Verbindlichkeiten. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 14 S. 1 ff.

Schefold, Das selbständige Erwerbsgeschäft der Ehefrau. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 91 S. 142 ff.

Schefold, Über die Rechtsstellung des Mannes bei der Verwaltung des eingebrachten Guts. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 97 S. 134 ff.

Schefold, Erwerbsgeschäft der Ehefrau Vorbehaltsgut? In der Deutschen Juristenzeitung 1905 S. 739/40.

Schmidt-Habicht, Familienrecht, in Hölders Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1907.

Schöndorff, Zur Frage von der Mobiliarhypothek. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 68 S. 542 ff.

Simon, Über die Haftung des Erwerbers eines Einzelgeschäfts für die vor Erwerb desselben entstandenen Handelsschulden. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 24 S. 91 ff.

Sohm, Der Gegenstand. Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1905.

Sohm, Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 28 S. 173 ff.

Sohm, Noch einmal der Gegenstand. In Iherings Dogmatischen Jahrbüchern Bd. 53 S. 373 ff.

(Staub-)Könige-Pinner-Bondy, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 9. Aufl. 1912.

(v. Staudinger-)Engelmann, Familienrecht. Lieferung 1. 7./8. Aufl. 1913.

(v. Staudinger-)Herzfelder, Erbrecht. 5./6. Aufl. 1911.

Stegemann, Die Vererbung eines Handelsgeschäfts. 1903. In den Rostocker Studien Bd. 1 Heft 3.

Strasser, Art und Umfang des Vorbehaltsguts der Ehegatten. Heidelberger Diss. 1909.
Strohal, Das deutsche Erbrecht. Bd. 1. 3. Aufl. 1903.
Thiele, Studien zum ehelichen Güterrecht: Das Erwerbsgeschäft der Ehefrau im gesetzlichen Güterstande. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 101 S. 307 ff.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1910. (In Binders Handbuch 10. Abt.)
Ullmann, Die Ehefrau als Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft. In der Juristischen Wochenschrift 1902 S. 49 ff.
Ullmann, Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland. 1903.
Ullmann, Die Ehefrau als Kommanditistin. Ist der Kommanditist Kaufmann? In der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht S. 472 ff., S. 561. 1907.
Wagner, Die Ehefrau als selbständige Inhaberin eines Erwerbsgeschäfts. Erlanger Diss. 1907.
Wieruszowski, Handbuch des Eherechts. Bd. 2. 1904.
Winter, Kann der Ehemann die Einwilligung der Frau zur Fortsetzung der Firma eines von dieser in die Ehe eingebrachten Handelsgeschäftes verlangen? In der Deutschen Juristenzeitung 1906 S. 315 ff.
Wolff, Über einige Grundbegriffe des Handelsrechts. In der Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Gierke 1910 Bd. 2 S. 117 ff.
Zschimmer, Der Einfluß des gesetzlichen Güterstandes auf ein Handelsgewerbe der Ehefrau. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 52 S. 485 ff.

Außerdem werden zitiert:

Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung (AÖGZ.).
Annales de droit commercial.
Bayrische Zeitschrift für das Notariat (BayZ.).
Deutsche Juristenzeitung (DJZ.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.).
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (GruchotsBeitr.).
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, herausgegeben von Johow (†) und Ring (KGJ.).
Juristisches Literaturblatt (JurLitBl.).
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht (LZ.).
Österreichische Juristische Blätter (ÖJurBl.).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann (OLGRspr.).
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte (SeuffArch.).
Zeitschrift des Deutschen Notarvereins (DNotV.).
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (ZHR.).
Zeitschrift für privat- und öffentliches Recht der Gegenwart von Grünhut (GrünhutsZ.).
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat (ZBlFG.).

Einleitung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Rechtsstellung der Ehefrau als Inhaberin eines Erwerbsgeschäfts nur sehr unklar geregelt. Die Folge war, daß über viele damit zusammenhängende Fragen oft diametral sich gegenüberstehende Ansichten geäußert worden sind. Die vorliegende Abhandlung wird sich nur mit einem kleinen, jedoch wichtigen Ausschnitt aus diesem Gebiet beschäftigen, nämlich der Frage, welche Rechte dem Ehemann am Erwerbsgeschäft seiner Frau zustehen. Dabei wird die Untersuchung, wie das Thema besagt, nur den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung[1]) berücksichtigen, schon deswegen, weil das ihr zugrunde liegende Problem sich auf einer Interpretation des § 1367 aufbaut und dieser Paragraph als dem wesenlichsten Inhalt der verschiedenen Gütergemeinschaftsformen, der Vereinigung der ehelichen Errungenschaft, entgegenstehend nicht wie § 1405 auf einen anderen Güterstand für entsprechend anwendbar erklärt worden ist.[2]) Die Untersuchung wird ferner ebenso die besondere Stellung der minderjährigen Geschäftsfrau wie die in Betracht kommenden Fragen des Prozeßrechts vollständig, die des persönlichen Eherechts nach Möglichkeit ignorieren, dafür aber im Anschluß an die Erörterung des Problems, das neuerdings erst Martin Wolff[3]) für den güterrechtlichen Charakter des Erwerbsgeschäfts der Ehefrau aufgestellt hat, einen Überblick geben über den augenblicklichen Stand der Lehre vom Erwerbsgeschäft oder — wie man gebräuchlicher sagt — vom Unternehmen.

---

[1]) Wir gebrauchen diesen Ausdruck mangels einer zu allgemeiner Anerkennung gelangten kürzeren technischen Bezeichnung; vgl. Engelmann Vorbem. 4 vor § 1363.

[2]) §§ 1440 Abs. 2, 1526, 1549, vgl. dagegen §§ 1452, 1519 Abs. 2, 1549.

[3]) Familienrecht S. 166 ff., 199.

Erster Teil.

Die Rechte des Ehemanns am Erwerbsgeschäft der Ehefrau im Güterstand der Verwaltung und Nutznießung.

§ 1.

Überblick.

Das Recht des Ehemanns auf Verwaltung und Nutznießung an dem Vermögen der Ehefrau wird im § 1363 BGB. statuiert. Das Gesetz schließt im § 1365 diese Rechte hinsichtlich des Vorbehaltsguts der Ehefrau aus und bestimmt in den §§ 1366 bis 1370, was zum Vorbehaltsgut gehört. Wendet man diese Bestimmungen auf ein bei Eingehung der Ehe betriebenes oder während der Ehe gegründetes Erwerbsgeschäft der Ehefrau an, so ergibt sich, daß das Erwerbsgeschäft Vorbehaltsgut und damit der Verwaltung und Nutznießung des Ehemanns entzogen ist in folgenden Fällen:

1. das in die Ehe eingebrachte, aber im Ehevertrag, vor oder nach der Heirat, zu Vorbehaltsgut erklärte Geschäft (§ 1368 BGB.);

2. das gemäß § 1369 von Todes wegen (d. h. durch Erbfolge, Vermächtnis oder als Pflichtteil) oder unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich erworbene Geschäft, wenn es bei einem Erwerb von Todes wegen durch letztwillige Verfügung, bei einem Erwerb unter Lebenden spätestens im Augenblick der Zuwendung zu Vorbehaltsgut bestimmt wird;[1])

[1]) Die herrschende Lehre, insbes. RG. Bd. 65 S. 367 ff., beschränkt den § 1369 auf den Erwerb, den die Frau während der Ehe macht; dagegen Mantey bei Gruchot Bd. 43 S. 833 ff.; Engelmann zu § 1369 Bem. 4 (mit reichhaltiger Literatur); eine Mittelmeinung vertritt Wolff S. 169.

3. das von der Ehefrau während bestehender Ehe mit Mitteln des Vorbehaltsguts erworbene oder gegründete Geschäft.

In allen diesen Fällen wird das Geschäft von der Ehefrau frei verwaltet und genutzt, wie wenn sie nicht verheiratet wäre; über die Verwaltung schuldet sie dem Manne keine Rechenschaft, die Nutzungen werden wieder Vorbehaltsgut. Nur unter Umständen hat die Ehefrau aus dem Ertrag ihres Geschäfts gemäß § 1371 zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes beizusteuern, nämlich insoweit, als der Mann nicht schon durch die Nutzungen des eingebrachten Gutes einen angemessenen Beitrag erhält.

Somit bleiben für unsere Betrachtung übrig:

1. das bei Eingehung der Ehe von der Ehefrau betriebene, ehevertraglich jedoch nicht zu Vorbehaltsgut erklärte Geschäft;

2. das gemäß § 1369 unentgeltlich erworbene Geschäft, das aber vom Erblasser oder vom Dritten nicht zu Vorbehaltsgut bestimmt ist;

3. das während der Ehe mit Mitteln des eingebrachten Guts begründete und betriebene Geschäft.

Daß Geschäfte, die gemäß § 1369 von der Ehefrau während der Ehe erworben sind, vom Dritten nicht zu Vorbehaltsgut bestimmt werden, dürfte zwar eine Seltenheit sein. Dagegen liegt es auf der Hand, daß Fälle der ersten und letzten Art häufig sind. Wie oft kommt es vor, um ein Beispiel für die zuerst angegebene Gruppe zu nennen, daß ein Mann in ein Geschäft „hineinheiratet", sei es, daß das Geschäft der Witwe von ihrem verstorbenen ersten Mann hinterlassen ist, sei es, daß ein älteres Mädchen, dem ein kleines Kapital zur Verfügung steht, sich ein mehr oder weniger großes Geschäft aufmacht und später heiratet. Eine zweifellos häufige Erscheinung des täglichen Lebens bilden auch Fälle der letzten Gruppe; denn nur zu oft gründet die Ehefrau selbst ein Geschäft, wenn der Ehemann in Vermögensverfall gerät, um sich und ihre Kinder nicht verhungern zu lassen.

So ist also die Frage, welche Rechte der Mann mangels eines Ehevertrags an einem Erwerbsgeschäft der Frau hat, von erheblicher praktischer Bedeutung. Demgegenüber trifft das Gesetz nur zwei Bestimmungen. Einmal behandelt es in der, wie noch darzulegen sein wird, im Verhältnis von Mann zu Frau recht

problematischen Vorschrift des § 1405 die Frage, welchen Einfluß die Tatsache, daß der Mann dem selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts durch seine Frau zustimmt oder ihn wenigstens wissentlich duldet, auf ihre Beschränkungen hinsichtlich des eingebrachten Guts ausübt, zum anderen spricht es sich in der zweiten Alternative des § 1367 kurz dahin aus, daß „Vorbehaltsgut ist, was die Frau durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erwirbt". Diese Vorschrift besagt, daß nicht nur der Gewinn, sondern der ganze Erwerb aus dem von der Ehefrau selbständig betriebenen Geschäft Vorbehaltsgut wird, gleichgültig ob die Grundlage des Geschäftsbetriebs eingebrachtes Gut ist oder nicht. Der Erwerb im Sinne des § 1367 umfaßt somit zunächst den Reinertrag, den das Unternehmen abwirft, aber auch alles, was in ursächlichem Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb an Geldern, Waren, Forderungen, Kundenwechseln, Einrichtungsgegenständen, Früchten und Zinsen aus den zum Erwerbsgeschäft gehörenden Grundstücken, Hypotheken, Wertpapieren u. dgl. erworben wird.[2]) Es besteht demnach sehr wohl die Möglichkeit, daß der Geschäftsumsatz im Laufe der Jahre zu einem „bunten Gemenge"[3]) von vorbehaltenem und eingebrachtem Gut und schließlich zu einer allmählichen Umwandlung des Handelsvermögens in Vorbehaltsgut führt, vorausgesetzt, daß der Mann nicht vorher auf Grund etwaiger ihm zustehender Rechte in den Geschäftsbetrieb seiner Frau störend eingreift.

Somit fällt unbestritten alles, was aus dem Geschäftsbetrieb erwächst, ins Vorbehaltsgut der Frau. Über die bei Eingehung der Ehe oder bei Begründung des Geschäfts in ihm enthaltenen realen Grundlagen, Forderungen usw. schweigt dagegen das Gesetz ebenso wie über die Güterrechtsqualität des Organismus selbst, den man Geschäft nennt. Und dieses — nach den Motiven[4]) — bewußte Schweigen des Gesetzgebers ist der Grund, daß sich in dem ersten Jahrzehnt seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine außerordentlich reichhaltige Literatur darüber ge-

[2]) vgl. die ausführliche Aufzählung bei Wieruszowski S. 278ff.; Hörle S. 74ff.

[3]) Ausdruck von Cosack, HR. S. 46.

[4]) Bd. 4 S. 176/77.

bildet hat, welche Befugnisse dem Mann im Güterstand der Verwaltung und Nutznießung gegenüber dem von seiner Frau selbständig betriebenen Geschäft zustehen, soweit es eben nicht zum Vorbehaltsgut gehört.

Aber auch diese große Literatur hat die Mängel des Gesetzes nicht zu heben vermocht, vielmehr zeigt es sich, wenn irgendwo, hier, daß die Widerlegung fremder Theorien erfolgreicher ist als die Aufstellung einer eigenen. Bevor wir uns jedoch diesen Fragen, die den Kern unserer Untersuchung bilden, zuwenden, sei zunächst der Begriff des „selbständigen Betriebs" im Sinne der §§ 1367, 1405, 1414 BGB. erörtert, weil nur unter der Voraussetzung der Selbständigkeit des Geschäftsbetriebs der Erwerb im Gegensatz zur Substanz des Geschäfts Vorbehaltsgut wird und damit die Interessen von Mann und Frau sich kreuzen.

§ 2.

Begriff des selbständigen Betriebs eines Erwerbsgeschäfts.

Bisher wurde in der Literatur die Frage erörtert, ob die Selbständigkeit des Geschäftsbetriebs in Beziehung zu Dritten oder zum Mann gegeben sein müsse, und aus der Entstehungsgeschichte und der Zweckbestimmung der Vorschrift des § 1367 die erstere Art der Selbständigkeit verneint. Diese Frage konnte nur deswegen aufgeworfen werden, weil man im Anschluß an die Motive[1]) die Tätigkeit der Frau im Privat- und Staatsdienst, in künstlerischen, wissenschaftlichen und rein mechanischen Berufen, wie z. B. als Ärztin, Erzieherin, Künstlerin, Handlungsgehilfin, Dienstbotin, Fabrikarbeiterin u. dgl., ohne weiteres unter den Begriff „Erwerbsgeschäft" des § 1367 subsumierte.[2]) Daß diese Annahme unrichtig ist und ein Ausfluß der mit Abweichungen im einzelnen vertretenen Auffassung, der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts sei jede auf dauernden Erwerb gerichtete Tätigkeit, wird von uns später darzulegen sein. Jedenfalls kommen auch diese Schrift-

[1]) Bd. 4 S. 174.

[2]) vgl. Wieruszowski S. 254ff.; Hörle S. 12ff.; Thiele S. 309ff., 321.

steller zu dem Ergebnis, daß der selbständige Geschäftsbetrieb im Sinne des § 1367 nicht nach der wirtschaftlichen Charakterisierung eines Berufs, sondern lediglich danach zu beurteilen sei, ob die Frau ihrem Mann gegenüber unabhängig ist. Daß es jedoch nicht darauf ankommen kann, ob die Frau in ihrem Geschäft persönlich tätig ist, wird allseitig anerkannt. Selbständig darf nicht mit selbsttätig identifiziert werden. Vielmehr kann die Frau einen Generalbevollmächtigten oder Prokuristen, selbst in der Person ihres Mannes, bestellen und mit der Leitung des Geschäfts betrauen. Ja das Erfordernis der Selbständigkeit eines Geschäftsbetriebs ist sogar dann erfüllt, wenn das Handelsgeschäft überhaupt nicht der Frau gehört, sondern sie es kraft Pachtvertrages, Nießbrauchs oder elterlicher Nutznießung gemäß § 22 Abs. 2 HGB. in ihrem Namen betreibt oder betreiben läßt.[3])

Wir werden demnach als selbständig jeden Betrieb ansehen, der derart erfolgt, daß die Frau Trägerin der aus dem Betriebe sich ergebenden Rechte und Pflichten wird, kurz gesagt, jedes Geschäft, das auf ihren Namen geht.[3a]) Dagegen haben nun Cosack u. a.[4]) behauptet, daß bei dem auf den Namen der Frau betriebenen Geschäft auch ein unselbständiger Betrieb der Frau denkbar sei, ein Betrieb, der also weder gemäß § 1405 die Verfügungsbeschränkungen der Frau aufhebe noch den Geschäftserwerb in Vorbehaltsgut umwandle. Und zwar liege ein derartiger

---

[3]) Wieruszowski S. 260 ff.; Hörle S. 78; Isay, Recht am Unternehmen S. 69 ff.; Wolff S. 167.

[3a]) Es ist selbstverständlich, daß der Name der Frau und der Name ihres geschäftlichen Unternehmens nicht immer übereinzustimmen brauchen. Die nicht ganz korrekte Terminologie des Textes wird jedoch, um Weitschweifigkeit im Ausdruck zu vermeiden, im Anschluß an die Literatur im folgenden beibehalten werden. Ein Betrieb im Namen der Frau liegt somit auch vor, wenn die Geschäftsfirma bezw. bei nicht vollkaufmännischen Betrieben die Geschäftsbezeichnung vom Familiennamen der Geschäftsinhaberin verschieden sind. Vgl. dazu namentlich S. 10/11.

[4]) Cosack, Bürgerl. R. Bd. 2 § 298, HR. S. 43; Dernburg, Familienrecht § 34 IV; Crome § 563; Zschimmer S. 496; Ullmann in JW. 1902 S. 49; Kiefe S. 221; Stegemann S. 52 ff.; Schefold im ArchZivPrax. Bd. 91 S. 143; Tomalla in ZHR. Bd. 63 S. 62; Planck § 1367 Bem. 2; Engelmann § 1367 Bem. 3b; Schmidt § 1367 Bem. 2ea; Opet § 1367 Bem. 3; Erler-Ebbecke im Komm. d. RGRäte § 1367 Bem. 3 u. a.

unselbständiger Betrieb dann vor, wenn der Mann kraft seines Verwaltungs- und Nutznießungsrechts das Geschäft der Frau auf ihren Namen tatsächlich führe.

Die Auffassung, die Cosack und seine Anhänger vertreten, hat einen praktischen Vorzug; denn nach ihr gibt es keine Zweiung der Geschäftsgrundlagen in Vorbehaltsgut und eingebrachtes Gut, wie sie § 1367 zur Folge hat. Der Mann behält vielmehr dauernd das Nutznießungsrecht am Geschäft, wodurch für ihn der Anreiz vermindert wird, den Geschäftsbetrieb der Frau zu vereiteln. Allein dieser Standpunkt wird unhaltbar, wenn man bedenkt, daß das Gesetz es nicht ermöglicht, die Selbständigkeit oder Unselbständigkeit eines Geschäftsbetriebes der Ehefrau dem Publikum erkennbar zu machen, eine Tatsache, die insbesondere wegen der Vorschrift des § 1405 von außerordentlicher Wichtigkeit ist. Das Handelsregister klärt über die Frage nicht auf; dort ist die Ehefrau lediglich als Inhaberin eingetragen, ohne daß über ihre Selbständigkeit etwas gesagt wird. Ebensowenig geht etwas aus dem Güterrechtsregister hervor. Das einzige Kriterium der vom Gesetz geforderten Selbständigkeit für einen Dritten wäre also die Tatfrage, wer die geschäftliche Oberleitung hat. Aber dieses interne Verhältnis wird dem Außenstehenden, der zwar leicht erfahren kann, auf wessen Namen das Geschäft geht, in den allerseltensten Fällen bekannt werden.

Cosacks Unterscheidung ist aber nicht nur praktisch bedenklich, was er sich übrigens selbst nicht verhehlt, sondern namentlich auch mit den gesetzlichen Vorschriften nicht vereinbar, die von dem güterrechtlichen Einfluß des Mannes auf das Vermögen der Frau handeln.[5]) Denn selbst wenn der Mann die Oberleitung im Geschäfte hat, so handelt er doch nur als Willensorgan der Frau. Ihr gesetzlicher Vertreter ist er nicht, da sie hinsichtlich des eingebrachten Guts nicht etwa geschäftsunfähig ist, sondern durch die

[5]) OLG. Dresden in OLGRspr. Bd. 4 S. 342; Staub Allgem. Einl. Anm. 48; Düringer-Hachenburg Allgem. Einl. Anm. 71; Makower § 1 VII, 4; Lehmann-Ring § 1 Nr. 29; Neumann § 1367 N. 3b; Lehmann S. 92; Endemann § 175 Anm. 47; Wieruszowski S. 268 ff.; Jacusiel S. 87 ff.; Hörle S. 104 ff.; Thiele S. 354 ff.; Strasser S. 46 ff.; Isay S. 180; Morgenstern S. 28; Beck S. 15.

ihr auferlegten Beschränkungen nur gehindert werden soll, das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes an ihrem Vermögen zu verkümmern. Dieses Verwaltungs- und Nutznießungsrecht gibt dem Mann aber nicht die Befugnis, die Frau durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten, vielmehr bedarf er dazu der Zustimmung der Frau, die auch nicht, wie vereinzelt[6]) angenommen wird, gemäß § 1379 durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden kann. Denn § 1379 kennt keine generelle Vollmacht, und ohne diese Möglichkeit, die Frau durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten, würde die Fortführung eines Erwerbsgeschäfts unter ihrem Namen nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich unmöglich sein.

Wenn somit der Mann auf Grund der Vorschriften der §§ 1376, 92 BGB. den Geschäftsbetrieb seiner Frau auch jederzeit unmöglich machen kann, so beruht doch andererseits bei der Fortführung eines Geschäfts auf den Namen der Frau seine Vertretungsmacht nicht auf dem Gesetz, sondern auf der autonomen, frei widerruflichen und nach § 1379 nicht ersetzungsfähigen Einwilligung der Frau. Letzten Endes ist es also der Wille der Frau, der das Unternehmen beherrscht; sie bleibt selbständige Inhaberin des Geschäfts, wie sie es vor Eintritt der Ehe gewesen ist.

Die gegnerische Ansicht sucht ferner den „formelhaften Charakter" des Ausdrucks in den §§ 1367, 1405 durch einen Vergleich mit der Terminologie des § 112 zu beweisen. Hier liegt aber ein ganz anderes Verhältnis vor; das Wort „selbständig" hat im § 112 seinen guten Grund. Denn der Minderjährige kann ohne Ermächtigung seines gesetzlichen Vertreters sich gar nicht verpflichten, für ihn kann sein Gewalthaber ohne weiteres ein Geschäft betreiben; dagegen ist für die geschäftsfähige Frau, die sich stets verpflichten kann, der Zusatz an den genannten Stellen nur verwirrend.[7])

Wenn aber nach den bisherigen Ausführungen jeder Betrieb im Namen der Frau als selbständig angesehen werden kann, welchen Sinn hat dann das Attribut „selbständig" an den ge-

---

[6]) Zschimmer S. 495 ff.; Ullmann S. 96; Stegemann S. 52 ff.
[7]) So Lehmann S. 92.

nannten Stellen? Wieruszowski[8]) sucht das Vorhandensein dieses Wortes zu rechtfertigen. Er sagt, daß im § 1367 nicht bloß Geschäfte mit materieller Grundlage, sondern auch solche in Frage stehen, die sich in der Betätigung persönlicher Arbeitskraft seitens der Frau erschöpfen, und daß zunächst für die letzteren Fälle der Gesetzgeber durch die Hervorhebung des Erfordernisses der Selbständigkeit den Gegensatz zur Tätigkeit der Frau im Geschäft des Mannes kennzeichnen wollte.

Auch wir stehen, wie im 2. Abschnitt gezeigt werden wird, mit Wieruszowski auf dem Standpunkt, daß das Erwerbsgeschäft keineswegs eine reale oder kapitalistische Grundlage voraussetzt, und für diese Fälle könnte seine Argumentation noch einleuchten. Aber auch bei dem Haupttypus, den Geschäften mit realer Grundlage, bei denen regelmäßig das Verhältnis zwischen Mann und Frau in güterrechtlicher Hinsicht überhaupt erst von ausschlaggebender Bedeutung wird, sucht Wieruszowski die Terminologie des § 1367 zu halten. Auch bei solchen Geschäften sei die Möglichkeit gegeben, daß der Betrieb auf den Namen der Frau gehe und trotzdem unselbständig sei. Wieruszowski gibt das Beispiel, daß die Frau, um dem Mann ihre Kredit- und Absatzverbindungen zu sichern, ihm ihr Geschäft mit der Vereinbarung überlasse, es nach außen hin unter ihrem Namen, im Verhältnis der Ehegatten zueinander aber auf eigene Rechnung und Gefahr fortzuführen. Allein in diesem Falle wird, wie Wieruszowski selbst betont, dieses Verhältnis nicht geschaffen auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen des ehelichen Güterrechts, sondern einzig und allein durch besondere Vereinbarung der Ehegatten. Und an eine solche Möglichkeit eines Geschäftsbetriebes sollte der Gesetzgeber gedacht und deshalb den Zusatz „selbständig" gemacht haben? Damit liefert Wieruszowski u. E. gar keinen Beweis für das, was er beweisen will. Seine Ausführungen besagen nur, daß die Frau, auf deren Namen das Geschäft geführt wird, damit aus allen mit dem Geschäft zusammenhängenden Rechtsgeschäften berechtigt und verpflichtet wird, obwohl sie weder den Gewinn erzielt noch den Verlust trägt; denn

[8]) S. 276/77.

durch eine interne Klausel hat sie sich ihrer Rechte zugunsten ihres Mannes begeben. Sie selbst bleibt aber nach außen Geschäftsinhaberin, Unternehmerin.[9]) Dieser Fall, der allerdings auch u. E. keinen selbständigen Betrieb im Sinne des § 1367 darstellt,[10]) kann aber doch keinen Aufschluß darüber geben, daß das Wort „selbständig" in § 1367 Existenzberechtigung verdient. Das Beispiel besagt nur, daß im konkreten Falle, wenn außerordentliche, vertraglich geregelte Umstände vorliegen, eben ausnahmsweise auch der Betrieb im Namen der Frau noch nicht die Selbständigkeit des Geschäfts zu bedingen braucht. In der Regel ist aber ein Betrieb im Namen der Frau erforderlich und ausreichend.

Wir können somit nur sagen, daß sich keine Erklärung für die Bedeutung des Zusatzes „selbständig" in den §§ 1367, 1405 finden läßt. Im Hinblick auf die moderne Gesetzestechnik ist es vielleicht methodisch nicht ganz zulässig, das Wort als überflüssig zu bezeichnen; es bleibt aber in der Tat kein anderer Ausweg.[11])

Ein Betrieb im Namen der Frau setzt nun nicht einen Betrieb voraus, der ausschließlich in ihrem Namen geschieht. Sie kann das Geschäft auch gemeinschaftlich mit anderen führen, so zunächst vertragsmäßig mit ihrem Mann. Ist dies nachweisbar der Fall, so liegt ebenfalls ein selbständiger Betrieb im Sinne des § 1367 vor, der Erwerb aus dem Geschäft, soweit er der Frau zukommt, wird Vorbehaltsgut. Auch die Beteiligung der Frau an einer offenen Handelsgesellschaft oder als persönlich haftende Gesellschafterin bei einer Kommanditgesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien[12]) macht die Ehefrau zur Inhaberin eines selbständigen Handelsgeschäfts, was auch dann gelten soll, wenn sie von der Vertretung der offenen Handelsgesellschaft ausgeschlossen

---

[9]) And. A. gegen die herrschende Meinung (vgl. die Zitate bei Isay, Recht am Unternehmen S. 68 Anm. 1) Müller-Erzbach in ZHR. Bd. 71 S. 426, der von seinem Standpunkt der Berücksichtigung der Interessenlage nur den als Unternehmer ansehen will, für dessen Rechnung ein Unternehmen betrieben wird.

[10]) Ebenso Hörle S. 14, 104.

[11]) So ausdrücklich Lehmann, HR. S. 92; Ullmann in LZ. Bd. 1 S. 562; implizite auch die sonstige Literatur; vgl. z. B. Staub Allgem. Einl. Anm. 48; Düringer-Hachenburg Allgem. Einl. Anm. 71.

[12]) Für die KG. a. A. ist and. A. nur Staub Allgem. Einl. Anm. 49.

ist.[13]) In allen diesen Fällen erfolgt, da die Geschäfte unter der Firma der Gesellschaft als dem gemeinschaftlichen Handelsnamen aller Gesellschafter geführt werden, der Geschäftsbetrieb auch im Namen der Frau. Das gleiche gilt, weil auch hier die vorstehende Begründung zutrifft, von der offenen Beteiligung der Frau an einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder einem nichtrechtsfähigen Verein, wenn in beiden Fällen der Zweck auf einen dauernden wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist.[14]) Dagegen betreibt die Frau kein selbständiges Erwerbsgeschäft, wenn sie stille Gesellschafterin, Aktionärin, Mitglied einer G. m. b. H., Genossin einer eingetragenen Genossenschaft und stille Beteiligte an einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist. Denn hier liegt nur eine besondere Art der Kapitalanlage vor, die Frau tritt aber weder unter ihrem bürgerlichen Namen noch als Mitinhaberin der Firma in den Rechtsverkehr. Aus den gleichen Gründen hält die herrschende Meinung in der Literatur, die namentlich von Ullmann[15]) ausführlich begründet worden ist, für die Ehefrau als Kommanditistin den § 1367 für unanwendbar, behandelt sie also im Anschluß an die oben zitierte Entscheidung des OLG. Dresden anders als die von der Vertretung der offenen Handelsgesellschaft ausgeschlossene Gesellschafterin. Bei dieser Auffassung bleibt der Stammwert Teil des eingebrachten Guts, während der Gewinn aus der Beteiligung als Ergebnis des eingebrachten Guts entgegen der Vorschrift des § 1367 dem Manne zufällt.[16])

---

[13]) So OLG. Dresden in OLGRspr. Bd. 4 S. 342.

[14]) vgl. Wieruszowski S. 253; Hörle S. 14; Thiele S. 324; Ullmann in LZ. Bd. 1 S. 562.

[15]) Ber. der Reichstagskommission S. 241; OLG. Dresden a. a. O.; Ullmann, Güterrecht S. 17, insbes. LZ. Bd. 1 S. 472 ff., 561 ff.; Endemann, Lehrb. Bd. 3 S. 346 Anm. 48; Staub Allgem. Einl. Anm. 49 (vgl. die Literaturangabe in § 1 Anm. 18); Düringer-Hachenburg Allgem. Einl. Anm. 71, 76; Engelmann § 1367 Bem. 3b; Erler-Ebbecke, Komm. d. RGRäte § 1367 Bem. 3. And. A. Wieruszowski S. 253 Anm. 48; Hörle S. 14; Wolff S. 167; besonders Thiele S. 322 ff. (vgl. auch Wolff in der Berliner Festgabe für Gierke Bd. 2 S. 117/18).

[16]) Die weitere rechtliche Lage der Frau dem Mann gegenüber bei allen diesen Gesellschaftsformen, deren Eigenart die güterrechtlichen Befugnisse des Mannes in vielen Beziehungen nachstehen müssen, kann im Rahmen dieser Abhandlung nicht erörtert werden. Vgl. neben Ullmann a. a. O. insbes. Wieruszowski S. 258 ff.;

§ 3.

Die Gestaltung der Rechte des Ehemannes im allgemeinen.

Wenn wir uns nunmehr im einzelnen der Erörterung der Rechtsverhältnisse der ein Erwerbsgeschäft selbständig betreibenden Ehefrau zuwenden, so ergibt sich die zweifellose Tatsache, daß die Eheleute darauf angewiesen sind, sich gegenseitig zu verständigen. Mann und Frau können sich nicht nur das Leben recht schwer machen, das Unternehmen muß sogar unweigerlich zugrunde gehen, wenn sie sich über dessen Betrieb nicht gütlich einigen können.

Darauf jedoch, daß der Ehemann als Haupt der ehelichen Gemeinschaft berechtigt ist, auf Grund des § 1354 der Frau den Geschäftsbetrieb zu verbieten, und daß seiner Klage auf Respektierung seines Verbots stattzugeben ist, wenn der Betrieb mit den sittlichen Pflichten der Frau kollidiert, z. B. ihre Pflicht, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten, die Kinder zu erziehen u. dgl. beeinträchtigt, wollen wir dem Plan unserer Abhandlung getreu nicht näher eingehen, ebensowenig darauf, daß das Urteil der Ehefrau weder die Geschäftsfähigkeit noch die Eigenschaft einer Geschäfts- bezw. Handelsfrau entzieht und, keiner Vollstreckung fähig,[1]) als moralische Pression in besonderen Fällen nur einen Inzidentpunkt für eine Ehescheidungsklage bilden kann.

Sehen wir davon ab, so hängt es zunächst vom guten Willen des Ehemanns ab, ob er seiner Frau die Einwilligung zum Geschäftsbetrieb erteilen oder nicht erteilen oder gar nachträglich widerrufen und damit je nachdem ihr die aus den §§ 1405, 1414 resultierende günstige Stellung verschaffen will. Der Ehemann

---

Thiele S. 347ff.; Hörle S. 39ff., 107f.; Schwadt, Gewinnt das Beteiligungsverhältnis der Ehefrau an einer OHG. oder KG. beim ordentlichen gesetzlichen Güterstande des BGB. stets die Eigenschaft des Vorbehaltsguts? Heidelberger Diss. 1908.

[1]) Herrschende Meinung, neuerdings auch Hörle S. 32; Thiele S. 345; Burchard in ZHR. Bd. 71 S. 403; Hellwig, System d. deutschen Zivilprozeßrechts 1912 Bd. 2 S. 7; and. A. Cosack, HR. S. 42; Schefold im ArchZivPrax. Bd. 91 S. 144.

könnte weiterhin gemäß § 1373 von der Frau die Herausgabe von Sachen, die zum Geschäftsvermögen gehören, im Klagewege verlangen; denn ein Recht, sie der tatsächlichen Gewalt eigenmächtig zu entsetzen, ist ihm nicht gegeben. Nach § 1376 Ziff. 1 in Verb. mit § 92 dürfte er ohne Zustimmung der Frau über ihre zum eingebrachten Gut gehörenden Gelder und andere verbrauchbare Sachen frei verfügen, somit das Warenlager, wenn er dieses der Frau zur Verwendung im Geschäft nicht überlassen will, veräußern und den Erlös gemäß § 1377 Abs. 2 anlegen, soweit er nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereitzuhalten ist. Er könnte die zum Warenlager gehörigen Waren nach § 1377 Abs. 3 auch für sich veräußern oder verbrauchen, die im § 1376 Ziff. 2 u. 3 bezeichneten Erfüllungsgeschäfte vornehmen und, wenn zu dem Erwerbsgeschäft ein Grundstück nebst Inventar gehört, nach § 1378 über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft frei verfügen und das Inventar ergänzen. Zwar würde der Mann gemäß § 1377 Abs. 3 zum sofortigen Wertersatz verpflichtet sein, aber er könnte nach § 1373 die geleistete und damit sofort in das eingebrachte Gut fallende Sache gleich wieder in seinen Besitz nehmen und nach § 1377 für sich veräußern oder verbrauchen. Eine Klage auf Ersatzleistung würde demnach für die Dauer des Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung der Frau keinen Erfolg versprechen. Andererseits bedürfte die Frau, wenn die Voraussetzung des § 1405 Abs. 1 oder 2 fehlt, zu jeder Verfügung über eingebrachtes Gut, also auch zur Veräußerung jeder einzelnen Ware der Zustimmung ihres Mannes; sie könnte keine Kapitalien kündigen oder einziehen, ja nicht einmal eine geschuldete Leistung annehmen. Damit würde naturgemäß die zu ihren Gunsten ausgesprochene Rechtsfolge der zweiten Alternative des § 1367 illusorisch gemacht.

So würde der Mann in der Lage sein, durch Versagung seiner Zustimmung das Unternehmen der Frau völlig lahmzulegen, wenn sie nicht die zum Geschäftsbetrieb erforderlichen Mittel ihrem Vorbehaltsgut zu entnehmen, durch Darlehnsaufnahme neue Betriebsmittel zu erlangen oder etwa Waren auf Kredit oder in Kommission zu erhalten vermag. Auch in den

letzteren Fällen ist u. E. im Anschluß an Wieruszowski[2]) und Hörle[3]) die Frau zu schützen, das Darlehen oder die kreditierten Waren also nicht für eingebrachtes Gut zu halten; denn auch hier liegt — es sei denn, daß zum Zwecke des ersten Wareneinkaufs ein Darlehn aufgenommen oder der erste Warenbestand auf Kredit entnommen ist[4]) — wie bei allen späteren Geschäftserwerbungen im Sinne des § 1367 ein Erwerb vor, der mit dem Geschäftsbetrieb in wirtschaftlichem Zusammenhang steht. Nur angedeutet sei hierbei, daß auch der Mann, wenn ihm die rechtliche Befugnis zustände, gegen den Willen seiner Frau deren Geschäft im eigenen Namen zu betreiben, über den Rahmen des § 1376 hinaus ohne Zustimmung der Frau nichts bestimmen könnte und so auch unter seiner Leitung ein völliger Stillstand des Betriebes eintreten würde.

§ 4.

Die Bedeutung des § 1405 für die Unabhängigkeit der Geschäftsfrau.

Nach den vorstehenden Ausführungen besteht die Möglichkeit eines ordnungsmäßigen Betriebs nur in folgender Weise: Entweder gestattet die Frau dem Mann, während der Dauer der Ehe das Geschäft auf seinen Namen zu führen; dieses Verhältnis scheidet für uns aus, da der Mann de facto Inhaber des Unternehmens wird und im Gegensatz zum § 1367 der Reinertrag, den das Unternehmen abwirft, ihm zufällt. Oder der Mann gestattet gemäß § 1405 der Frau den selbständigen Betrieb ihres Erwerbsgeschäfts und gibt ihr damit im Interesse ihres Kredits und der Verkehrssicherheit eine nahezu unabhängige Rechtsstellung, da ja in diesem Falle „die Zustimmung des Mannes zu solchen Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten nicht erforderlich ist, die

---

[2]) S. 278, 285.

[3]) S. 149.

[4]) Wieruszowski S. 278 Anm. 127a will zu Unrecht auch hier die Rechtsfolge des § 1367 Platz greifen lassen.

der Geschäftsbetrieb mit sich bringt,[1]) und einseitige Rechtsgeschäfte, die sich auf das Erwerbsgeschäft beziehen, der Frau gegenüber vorzunehmen sind".

Vom Standpunkt der Frau kann aber auch die Bestimmung des § 1405 einen recht platonischen Charakter annehmen. Zwar halten es die Motive,[2]) wie bereits früher angedeutet wurde, für überflüssig, über die Geschäftssubstanz eine Vorschrift zu erlassen, weil sie das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes am eingebrachten Gut grundsätzlich unangetastet sehen wollen und darauf vertrauen, daß regelmäßig der Mann, solange er mit dem Betrieb einverstanden sei, seiner Frau gegenüber seine Rechte nicht wahrnehmen werde. Doch gerade diese Konsequenz sollte, worauf Hachenburg[3]) hinweist, stutzig machen; denn die gesetzliche Regelung ist ja nicht da nötig, wo die Parteien einig sind, sondern wo sie uneinig sind. Vor allem ist aber überhaupt die Einwilligung des Mannes in den Geschäftsbetrieb der Frau, wie § 1405 BGB. und § 741 ZPO. dartun, jederzeit frei widerruflich. „Bei ausbrechenden Dissidien" hätte der Mann durch den formlosen Widerruf oder Einspruch und die Eintragung ins Güterrechtsregister gemäß § 1405 Abs. 3 ein Mittel in der Hand, die Frau sich gefügig zu machen, und gegen eine derartige Handlungsweise des Mannes hätte die Frau keinen Rechtsbehelf; denn es handelt sich hier um Einwirkungen auf das dem Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes unterstehende eingebrachte Gut, dessen Haftbarmachung für die Schulden der Frau in seinem freien Belieben steht. Ebensowenig ist das Vormundschaftsgericht gemäß § 1402 zur Aufhebung des Einspruchs oder des Widerrufs befugt, nicht nur weil es sich nicht um eine persönliche Angelegenheit der Frau, sondern eine solche vermögensrechtliche Natur handelt, vielmehr namentlich deswegen, weil die Ersetzung der Zustimmung des Mannes nicht für den Beginn oder die Fortsetzung eines Gewerbebetriebs, sondern immer nur

[1]) Die Ermächtigung der Frau ist zwar enger als die des Prokuristen gemäß § 49 HGB., aber weiter als die des Handlungsbevollmächtigten gemäß § 54 HGB., da sie im konkreten Betriebe auch außergewöhnliche Geschäfte umfaßt; vgl. Wolff S. 200; Unzner und Engelmann zu § 1405.

[2]) Bd. 4 S. 176/77.

[3]) Vorträge S. 391; ebenso Dernburg in DJZ. 1902 S. 465 ff.

für einzelne Rechtsgeschäfte erfolgen kann.[4]) Dem Mann gegenüber kann in solchen Fällen die Ehefrau nur das sehr umständliche Zwangsmittel des § 1418 Ziff. 1, die Klage auf Gütertrennung benutzen, wenn durch sein Verhalten die Besorgnis begründet wird, daß die Rechte der Frau in einer das eingebrachte Gut erheblich gefährdenden Weise verletzt werden, und falls der Mann ein besonders ungerechtfertigtes oder boshaftes Verhalten zeigt, wird sich gegebenenfalls die Ehescheidungsklage aus § 1568 begründen lassen.[5])

Demnach schwebt, selbst wenn der Mann mit dem Geschäftsbetrieb der Frau gemäß § 1405 einverstanden ist, stets das Damoklesschwert des Widerrufs über ihrem Haupte. Nur in einem Falle wird u. E. die Vorschrift des § 1405 für die Ehefrau von Wert sein, nämlich dann, wenn ehevertraglich auf das Recht des Ehemanns zum Widerruf der Einwilligung oder zum Einspruch gegen den Gewerbebetrieb bindend verzichtet worden ist. Zwar werden dadurch, ebensowenig wie schon durch die formlose Einwilligung zum Gewerbebetrieb, die Rechte des Mannes an den Geschäftsbestandteilen selbst beseitigt, die praktische Bedeutung dieser Befugnis wird jedoch — insbesondere wenn das Geschäft schon längere Zeit betrieben wird — im Hinblick auf die Vorschrift des § 1367 nicht erheblich sein.

Die herrschende Meinung erklärt nun eine Vereinbarung der Ehegatten, durch die das Einspruchs- oder Widerrufsrecht des Mannes ausgeschlossen oder beschränkt werde, für nichtig,[6]) meist

[4]) Engelmann § 1402 Bem. 5; Düringer-Hachenburg Allgem. Einl. Anm. 78; Cosack S. 44; Hörle S. 25, 30.

[5]) vgl. darüber Hörle S. 25.

[6]) Unzner § 1405 Bem. 5; Engelmann § 1405 Bem. 8; Schmidt § 1405 Bem. 5a, 7a; Opet § 1405 Bem. 10; Lehmann-Ring S. 12; Staub Allgem. Einl. Anm. 66; Düringer-Hachenburg Allgem. Einl. Anm. 78; Lehmann, HR. S. 91 Anm. 6; Crome, Familienrecht S. 327; Ullmann S. 128; Kiefe S. 225 ff., 228; Bollenbeck in DNotZ. 1911 S. 845 und einzelne Dissertationen wie Wagner S. 29, Käftner S. 38, Beck S. 48; dagegen für Verzichtbarkeit Cosack, HR. S. 44; Wieruszowski S. 265 Anm. 95; Zschimmer in ZHR. Bd. 52 S. 506; Gildemeister in ZHR. Bd. 54 S. 130 Anm. 40; Hörle S. 29. Eine Mittelmeinung vertreten v. Baligand S. 4, 73 ff.; Neumann, Handausg. d. BGB. 1912 Bd. 2 § 1405 Bem. A II, 3 f.; Morgenstern S. 44.

allerdings ohne Angabe von Gründen, zum Teil mit der lakonischen Bemerkung, daß § 1405 zwingender Natur sei, oder mit der Begründung, daß das Einwilligungsrecht als ein im Wesen der Ehe begründetes Recht des Ehemanns zur Gruppe der unverzichtbaren Rechte gehöre. Erst Kiefe hat neuerdings eine eingehende Begründung dieser Ansicht versucht. Wir können uns ihr jedoch nicht anschließen. Zwar glauben auch wir nicht, daß die Begründung von Cosack schlüssig ist, was schon Düringer-Hachenburg betonen, ohne sich allerdings näher darüber auszulassen. Cosack führt nämlich aus, daß der Ehemann, wenn er gemäß § 1436 der Ehefrau völlige Gütertrennung gewähren darf, dann auch ehevertraglich seine Einwilligung zum Gewerbebetriebe der Frau im voraus unwiderruflich erteilen kann. Ein Schluß a maiore ad minus ist hier aber sehr bedenklich, wo es sich nicht, wie im Falle des § 1436, um eine den Ehegatten vom Gesetzgeber frei überlassene Regelung eines neuen Güterstandes, sondern nur um eine Abänderung des ordentlichen gesetzlichen Güterstandes in einem einzelnen Punkte handelt. Mit demselben Rechte könnte Cosack umgekehrt auch behaupten, daß eine Vereinbarung der Ehegatten, durch welche das Recht der Frau, aus den im § 1418 erwähnten Gründen auf Aufhebung der eheherrlichen Verwaltung und Nutznießung zu klagen, beschränkt oder ausgeschlossen wird, nichts im Wege stehe, und doch ist es unbestritten, daß eine solche Vereinbarung als Verstoß gegen das Wesen des gesetzlichen Güterstandes und gegen die guten Sitten gemäß § 138 nichtig sei.[7])

In Wahrheit liegen denn die Gründe auch tiefer. Die herrschende Ansicht behauptet, wie schon angedeutet, daß es sich bei dem Rechte des Mannes, seiner Frau den selbständigen Geschäftsbetrieb zu gestatten oder zu versagen, lediglich um eine jeder Vereinbarung entzogene, personenrechtliche Frage handle, die ausschließlich durch die §§ 1353 ff. beantwortet werde, und daß es trotz der im § 1405 bestimmten güterrechtlichen Folgen einer solchen Einwilligung unzulässig sei, daneben noch eine nach § 1405

---

[7]) vgl. Engelmann § 1418 Bem. 10; Opet § 1418 Bem. 10; Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht S. 203; Vollenbeck a. a. O. S. 768.

zu beurteilende güterrechtliche Einwilligungsbefugnis des Mannes anzunehmen. Die Scheidung des gemäß § 1354 dem Manne zustehenden Rechts von der lediglich im Güterrecht wurzelnden Einwilligungsbefugnis des § 1405 ist nun in der Schärfe, wie sie von Zschimmer[8]) und Hörle[9]) vorgenommen wird, zweifellos unrichtig. Das weist Kiefe[10]) nach, wenn auch seine sonstige Argumentation u. E. nicht überzeugend ist. So will Kiefe aus der Vorschrift des § 1408 BGB. die Unzulässigkeit eines bindenden Verzichts auf das Einspruchs- bezw. Widerrufsrecht herleiten mit der Behauptung, daß darin nichts anderes als eine unzulässige Übertragung des dem Manne zustehenden höchstpersönlichen Rechts liege. Kiefe vergißt jedoch, daß § 1408 nur die Übertragung des Verwaltungs- und Nutznießungsrechts an einen Dritten verbietet und über das Innenverhältnis zwischen Mann und Frau nichts besagt, und daß andererseits trotz eines Verzichts auf das Widerrufsrecht die Rechte des Mannes an den Geschäftsbestandteilen ungeschmälert bleiben, während § 1408 gerade von diesen Rechten spricht. § 1405 behandelt eben nur die Frage, welchen Einfluß die Einwilligung des Mannes zum Geschäftsbetrieb auf die sonstigen Verfügungsbeschränkungen der Frau ausübt.

Bei der Beantwortung der an die Spitze gestellten Frage ist nun u. E. im Anschluß an Baligand[11]) von dem Verhältnis des § 1405 zu dem Bestimmungsrecht des Mannes nach § 1354 auszugehen. § 1405 statuiert nämlich nur besondere güterrechtliche Folgen des dem Manne gemäß § 1354 zustehenden persönlichen Entscheidungsrechts, geht aber darüber hinaus, insofern als auch eine mißbräuchliche Ausübung im Gegensatz zu

---

[8]) Zschimmer in ZHR. Bd. 52 S. 506 ff. will u. a. auch „daraus, daß der § 1405 nur für das gesetzliche Güterrecht der Verwaltung und Nutznießung, der § 1354 aber als Bestimmung, welche das persönliche Verhältnis der Ehegatten zueinander betrifft, für alle Güterstände in Anwendung zu bringen ist", einen weiteren Beweis für die im Text dargelegte Scheidung herleiten. Das ist jedoch falsch; § 1405 gilt für alle Güterstände mit Ausnahme der Gütertrennung (vgl. oben S. 1 Anm. 2).

[9]) S. 28 ff.

[10]) S. 225 ff.

[11]) S. 4, 73 ff.; ebenso Neumann, Handausg. d. BGB. Bd. 2 § 1405 Bem. A II, 3 f.

§ 1354 Abs. 2 güterrechtliche Wirkungen zeitigt, dann auch insofern, als das Widerrufsrecht entgegen dem Kündigungsrecht aus § 1358 Abs. 2 Satz 2 keinen Einfluß erleidet bei Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft. Nur mit dieser Beschränkung handelt es sich im § 1405 um ein Recht rein güterrechtlicher Natur, das sehr wohl ehevertraglich geregelt werden kann, ja sogar der Form des Ehevertrags bedarf, weil eine vom Gesetz abweichende Gestaltung eines Güterrechtsverhältnisses festgesetzt wird, das ferner insoweit hinsichtlich seiner Verzichtbarkeit unabhängig von den personenrechtlichen Bestimmungen der §§ 1354 ff. zu beurteilen ist. Wir kommen damit zu dem Ergebnis, daß zunächst nur das im § 1354 ausgesprochene Recht, als im Wesen der Ehe begründet, unverzichtbar ist, und daß diese Unverzichtbarkeit notwendig auch die mit der Ausübung dieses Rechts verbundenen und zu seiner wirksamen Durchführung bestimmten güterrechtlichen Ausstrahlungen ergreift. Der Ehemann kann aber mit Wirksamkeit auf die mißbräuchliche Ausübung des Widerrufsrechts des § 1405 ehevertragsmäßig verzichten, und zwar mit unmittelbarer Wirkung nach außen, so daß auch die unberechtigte Eintragung eines Widerrufs ins Güterrechtsregister nicht die Ungültigkeit der Verfügungen seiner Frau zur Folge haben kann. Im übrigen wäre eine Eintragung des Ehevertrages ins Güterrechtsregister nicht zulässig, da dies nur für den Registerrichter für einen späteren Widerruf des Mannes von Bedeutung werden könnte, dem Richter aber nicht die Prüfung der Frage zugemutet werden kann, ob der Mann sein Widerrufsrecht im Sinne unserer Ausführungen mißbräuchlich ausübt oder nicht. Dritten gegenüber kommt eine Eintragung nicht in Betracht, da Dritte sich auf den Schutz, den § 1435 verleiht, nur zur Geltendmachung der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts oder der Urteilsrechtskraft, niemals jedoch zuungunsten dieser Wirksamkeit berufen können, es demnach gemäß § 1405 im Verhältnis zur Frau für Dritte gleichgültig ist, ob der Verzichtsvertrag eingetragen wird oder nicht.[12])

---

[12]) Baligand S. 74, 119; vgl. auch Wolff § 42 V,2.

§ 5.

Die in der Literatur bestehenden Meinungen über den güterrechtlichen Einfluß des Ehemannes auf das Erwerbsgeschäft der Ehefrau.

Es sei dahingestellt, ob die im vorstehenden erörterte Frage, inwieweit der Mann an seinen ehevertraglichen Verzicht auf das im § 1405 statuierte Widerrufs- bezw. Einspruchsrecht gebunden ist, von großer praktischer Bedeutung ist. Denn der Wirrwarr der güterrechtlichen Befugnisse des Mannes am Geschäft seiner Frau ist ja gerade auf die Nichterrichtung eines Ehevertrages und diese wieder auf die Rechtsunkenntnis der Beteiligten zurückzuführen. Aus diesem Grunde halten wir auch den von den meisten Schriftstellern laute de mieux vorgeschlagenen Rat, die Ehegatten sollten, um eine Gestaltung der güterrechtlichen Verhältnisse im gleichmäßigen Interesse beider herbeizuführen, einen Ehevertrag abschließen, für ziemlich billig.[1]) Schon Dernburg[2]) macht darauf aufmerksam, daß diese Verweisung auf die „Verfassungsurkunde des häuslichen Herdes“ [3]) nur ein schlechter Trost sei und der Frau nicht genügen könne, da Eheverträge sehr unbeliebt sind, eine Tatsache, die zum Teil, besonders bei jungen Ehen, in einem gewissen Schamgefühl begründet sei, zum Teil auch in einer sehr verbreiteten Antipathie gegen Entrichtung von Abgaben jeder Art, demnach auch gerichtlichen oder notariellen Gebühren.

Damit ergibt sich als ultima ratio die Frage, ob es sich rechtlich begründen läßt, das von der Ehefrau selbständig betriebene Erwerbsgeschäft mit allen seinen Bestandteilen zu Vor-

---

[1]) Neuerdings macht man in einzelnen Bundesstaaten die jungen Eheleute bei Eingehung der Ehe in geeigneter Weise auf die großen Vorteile der Einführung eines ihren Verhältnissen und praktischen Bedürfnissen entsprechenden Güterstandes aufmerksam; vgl. darüber Fischer in BayNotZ. Bd. 12 S. 53ff.; Winkler im ZBlFG. Bd. 11 S. 339ff.; Bollenbeck in DNotZ. Bd. 11 S. 688.

[2]) DJZ. 1902 S. 468.

[3]) Ausdruck von Troplong, du contrat de mariage 1851; vgl. Bollenbeck a. a. O. Bd. 11 S. 693.

behaltsgut zu machen. Im Anschluß an die Motive[4]) verneint die Literatur fast einmütig diese Frage. Aber in dem Bewußtsein, daß diese Ansicht den Bedürfnissen des praktischen Lebens und der Billigkeit nicht entspreche und der unbestrittenen Tendenz des Gesetzes nicht gerecht werde, den Frauen, selbst wenn sie verheiratet sind, eine möglichst gesicherte Erwerbstätigkeit zu gewährleisten, haben zwei Autoritäten wie Dernburg und Hachenburg[5]) — mit allerdings verschiedener Begründung — versucht, aus der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut des § 1366, aus dem Geist der güterrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes und aus praktischen Rücksichten die Vorbehaltsgutsqualität des von der Frau in die Ehe gebrachten — nicht etwa des von ihr in der Ehe gegründeten oder erworbenen — Erwerbsgeschäfts nebst allen seinen materiellen und immateriellen Bestandteilen herzuleiten. Hachenburg stützt sich dabei auf eine ausdehnende Auslegung des Beispiels „Arbeitsgeräte", während diese doch nur insoweit unter § 1366 fallen, als sie ausschließlich zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmt sind, und Dernburg, der übrigens selbst gegen Hachenburg Front macht, legt dem § 1366 einen weiteren Sinn bei, ohne zu berücksichtigen, daß die Unternehmensbestandteile regelmäßig nicht ausschließlich zum „persönlichen Gebrauch" der Frau bestimmt sein werden. Beide Schriftsteller denken nicht daran, daß § 1366 sich nur auf bewegliche Sachen bezieht, das Geschäft daneben auch Rechte, immaterielle Güter und selbst unbewegliche Sachen umfaßt, begründen im übrigen aber ausführlich ihre Ansicht, die, wie Thiele[6]) hervorhebt, „einen bedeutsamen Schritt nach vorwärts tut auf dem Wege, den die die Neuzeit beherrschende Frauenbewegung als das erstrebenswerte Ziel vor Augen hat".

Wenn auch beide in erster Linie ihre Ausführungen auf § 1366 zu stützen suchen, so sind doch ihre Gründe mehr prak-

---

[4]) Bd. 4 S. 176/77.

[5]) Dernburg in DJZ. 1902 S. 465 und Lehrb., Familienrecht, S. 145; Hachenburg, Vorträge S. 391; Düringer-Hachenburg, Allgem. Einl. Anm. 68; Endemann, Familienrecht § 175 Anm. 51; OLG. Dresden in OLGRspr. Bd. 9 S. 148ff.

[6]) S. 308.

tisch sozialer als rechtlicher Natur. Ein Hauptargument ist eben letzten Endes der wirtschaftliche Gesichtspunkt, die Erwägung, daß die gegnerische Auffassung die vermeintliche Einheit des Geschäfts zerstöre und zu im geschäftlichen Leben ganz unbrauchbaren Ergebnissen führe. So tun Hachenburg und ihm anschließend Dernburg, um die herrschende Ansicht möglichst drastisch ad absurdum zu führen, dar, wie lächerlich es sei, wenn bei einem Schneidergeschäft, das die Frau betreibt, Maschinen und Werkzeuge nach § 1366 und der Erwerb im Sinne des § 1367 Vorbehaltsgut, die bei Eintritt des Güterstandes vorhandenen Stoffe, Spitzen, Knöpfe u. dgl. jedoch der Verwaltung und Nutznießung des Mannes vorbehalten bleiben, und wie nach kurzer Zeit kaum feststellbar sein wird, was Vorbehaltsgut ist und was nicht.[7]) Diese Frage aber, ob nicht ein wirtschaftliches Bedürfnis vorliegt, Vorbehaltsgutscharakter des Unternehmens der Ehefrau anzunehmen, berechtigen Wissenschaft und Rechtsprechung nicht, „zur Hebung scheinbarer Schwierigkeiten und Härten klaren Begriffsbestimmungen Gewalt anzutun und willkürlich neues Recht zu schaffen".[8])

So dürfen denn diese Versuche, das in die Ehe gebrachte Geschäft der Ehefrau mit allen seinen Bestandteilen für Vorbehaltsgut zu erklären, als aussichtslos bezeichnet werden. Sie sind neuerdings nur von Guyot[9]) gebilligt, im übrigen aber, obwohl de lege ferenda nicht abgelehnt, als unvereinbar mit der Vorschrift des § 1366 von allen Seiten bekämpft und namentlich von

---

[7]) Das OLG. Dresden spottet darüber, daß von zwei Warenballen, die friedlich nebeneinander liegen, der eine als eingebrachtes, der andere als Vorbehaltsgut anzusehen sein würde. Vgl. übrigens Düringer-Hachenburg Allgem. Einl. Anm. 78, wo sie sich bei einem von der Ehefrau mit Mitteln des eingebrachten Guts erst in der Ehe gegründeten Geschäfts im Gegensatz zu Anm. 68 mit der „nach dem gegebenen Gesetz nicht zu vermeidenden Vermengung von eingebrachtem Gut und Vorbehaltsgut" einverstanden erklären.

[8]) Hörle S. 46.

[9]) L'activité économique de la femme mariée et ses conséquences juridiques, Paris 1910, p. 191 sq.; vgl. Aron in ZHR. Bd. 73 S. 329 ff.; ferner RheinZ. 1912 S. 576.

Ullmann[10]) und Thiele[11]) in eingehender, scharfsinniger Beweisführung widerlegt worden.

Wie im vorstehenden bemerkt wurde, vertreten Dernburg und Hachenburg ihre Auffassung von der Vorbehaltseigenschaft des Erwerbsgeschäfts nur für ein bei Eingehung der Ehe von der Frau bereits betriebenes Geschäft. Und in der Tat läßt sich für diesen Fall als Postulat der Billigkeit ein Bedürfnis, das Geschäft zu gesetzlichem Vorbehaltsgut zu erklären, nicht von der Hand weisen.[12]) Dagegen erklären beide Schriftsteller, daß während bestehender Ehe die Frau durch Gründung eines Geschäfts die erworbenen Rechte ihres Mannes an den zum eingebrachten Gut gehörenden Kapitalien, Waren usw. nicht willkürlich beseitigen dürfe. Nur Dernburg[13]) geht noch einen Schritt weiter. Nach ihm enthält die Zustimmung des Mannes gemäß § 1405 „als Konsequenz seines Willensaktes" seinen gültigen Verzicht auf sein Verwaltungs- und Nutznießungsrecht an dem der Frau zum Betriebe des Erwerbsgeschäfts überlassenen eingebrachten Gut, das Erwerbsgeschäft werde also Vorbehaltsgut.

Diese Annahme findet sich auch bei zwei anderen Schriftstellern,[14]) die im übrigen die Ansicht von Dernburg und Hachenburg für zu weitgehend halten und demgemäß den Verzichtscharakter der Einwilligung des Mannes auch für das in die Ehe gebrachte Geschäft der Frau statuieren. Ähnlich vertritt auch Crome[15]) die Auffassung, daß die zu einem selbständigen Erwerbsgeschäft der Ehefrau gehörigen Sachen als ausschließlich zu ihrem persönlichen Gebrauch bestimmte, demnach als zum Vorbehaltsgut im Sinne des § 1366 gehörig dann anzusehen sind,

---

[10]) Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland S. 6 ff.

[11]) S. 327 ff., 359; jetzt auch Wolff S. 167 und Isay S. 181 ff. dagegen. Isay erinnert S. 182 Anm. 1 treffend an die Tochter Krupps und fragt, ob wirklich das ganze Riesenunternehmen bis zu seiner Umwandlung in eine Aktiengesellschaft nur zu deren „persönlichen Gebrauch" bestimmt gewesen sein solle.

[12]) And. A. wohl Zschimmer S. 498; Schefold in DJZ. 1905 S. 740 und ArchZivPrax. Bd. 97 S. 140; vgl. auch KG. bei Johow Bd. 32 A S. 191 ff.

[13]) Familienrecht S. 145.

[14]) Zschimmer S. 505; Schefold in DJZ. 1905 S. 739; ArchZivPrax. Bd. 97 S. 139; etwas enger Schefold im ArchZivPrax. Bd. 91 S. 154.

[15]) Familienrecht § 562 Anm. 27, § 563 Anm. 15, § 572 Anm. 19.

wenn die Frau das Geschäft gemäß § 1405 mit Zustimmung des Mannes führt. Gegen Cromes weite Interpretation des § 1366 gelten die gleichen Argumente, die gegen Dernburgs Heranziehung des § 1366 angedeutet worden sind. Ferner ist gegen sämtliche Schriftsteller zu bemerken, daß einerseits § 1405 lediglich die Beschränkungen, denen die Frau sonst unterworfen ist, aufhebt, ohne jedoch die Rechte des Mannes selbst zu beseitigen, daß andererseits der nach ihrer Ansicht in der Einwilligung enthaltene Verzicht des Mannes auf sein Verwaltungs- und Nutznießungsrecht, um praktisch bedeutungsvoll zu werden, ehevertraglich erfolgen müßte. Denn § 1405 regelt güterrechtliche Verhältnisse, und zu einer vom Gesetz abweichenden Regelung eines Güterrechtsverhältnisses ist die Form des Ehevertrags nötig, und selbst ein ehevertraglich gesicherter Verzicht würde nach der herrschenden Meinung, der wir uns allerdings nicht angeschlossen haben, nichtig sein. Schließlich wäre damit für diejenigen praktisch nicht seltenen Fälle nichts gewonnen, in denen der Ehemann weder seine Einwilligung zur Gründung oder zur Fortführung eines Geschäfts der Frau ausdrücklich erteilt hat noch den Geschäftsbetrieb wissentlich duldet.

In der Judikatur hat im Gegensatz zur bereits erwähnten Entscheidung des OLG. Dresden das Kammergericht,[16]) namentlich gestützt auf die Motive, die Dernburg-Hachenburgsche Theorie wiederholt abgelehnt, und erst jüngst hat auch das OLG. Rostock,[17]) das jedoch, soweit wir sehen, mißverständlich annimmt, daß Dernburg und Hachenburg ihre Theorie auch auf das erst in der Ehe gegründete Geschäft der Frau anwenden, sich dem Kammergericht angeschlossen. Das Reichsgericht, dem der vom OLG. Dresden im Sinne Dernburgs entschiedene Fall in der Revisionsinstanz vorlag, hat, da es aus andern Gründen die Revision verwarf, die Frage, ob das von der Ehefrau in die Ehe gebrachte Geschäft nebst seinen sämtlichen Grundlagen Vorbehaltsgut sei, unentschieden gelassen.[18]) Es sagt wörtlich: „Kein Zweifel kann darüber obwalten, daß es sowohl dem Bedürfnis

[16]) KG. in DJZ. 1904 S. 124 ff., bei Johow Bd. 32 A S. 191 ff.
[17]) Beschl. des II. Senats v. 29. 3. 1912 in SeuffArch. Bd. 67 Nr. 160.
[18]) Bd. 59 S. 25 ff.

des Rechtsverkehrs als den Anforderungen der Billigkeit lediglich entspricht, wenn für den gesetzlichen Güterstand des Bürgerlichen Gesetzbuchs als Vorbehaltsgut alles dasjenige Vermögen betrachtet wird, das der Ehefrau von dem Ehemann zu dem selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts überlassen, insbesondere in einem der Ehefrau bei dem Beginn der ehelichen Nutznießung und Verwaltung zustehenden und von ihr mit Einwilligung des Ehemanns fortgesetzten Erwerbsgeschäft begriffen ist. In Frage kann nur kommen, ob eine derartige Regelung dem geltenden Recht entspricht, und ob sie angesichts der Fassung, die der § 1366 tatsächlich erhalten hat, mit dessen Bestimmung in Einklang zu bringen ist. Es kann und soll indes auf diese Frage gegenwärtig nicht eingegangen und daher nicht erörtert werden, ob die vom Berufungsgericht befolgte Ansicht, wenn auch vielleicht nicht auf § 1366, so doch auf andere Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs sich stützen ließe; denn der vorliegende Fall bietet hierzu eine Veranlassung nicht". Damit gibt das Reichsgericht zwischen den Zeilen zu verstehen, daß es zwar nicht die Begründung Dernburgs aus § 1366, jedoch das Resultat durchaus billige,[18a]) und nur dahingestellt sein lasse, ob die Vorbehaltsgutseigenschaft des in die Ehe gebrachten Geschäfts der Ehefrau nicht aus einer anderen Gesetzesstelle hergeleitet werden könne.

Die „Lösung dieses Rätsels"[19]) hat seitdem niemand ernstlich wieder versucht.[20]) Auch Wolff, dessen Problem unserer Abhandlung zugrunde liegt, hat sich nicht bemüht, das Geschäft nebst allen seinen Bestandteilen schlechthin für gesetzliches Vorbehaltsgut zu erklären. Dagegen tritt überall das Bestreben hervor, die güterrechtlichen Befugnisse des Mannes am Erwerbsgeschäft der Frau unter gewissen Voraussetzungen stark einzuschränken. Die vielen widersprechenden Meinungen, die hierbei vertreten worden sind, spitzen sich in letzter Linie darauf zu, ob der Mann das Geschäft der Frau gegen ihren Willen, sei es in

---

[18a]) Das leugnet zu Unrecht Oehlert S. 28.

[19]) Thiele S. 335.

[20]) Schefolds Versuch in DJZ. 1905 S. 739 und ArchZivPrax. Bd. 97 S. 140 Anm. 2 ist bereits oben S. 23/24 abgelehnt worden. Vgl. dazu auch Hörle S. 46, 48; Kiefe S. 211; Thiele S. 335.

ihrem Namen, sei es in eigenem Namen, in Eigenbetrieb nehmen kann.

Diese Frage ist seit der zitierten Entscheidung des Reichsgerichts, die in ihrer zweiten Hälfte sich darüber ausläßt, in ein neues Stadium getreten. Im Einklang mit der herrschenden Meinung scheint nämlich das Reichsgericht zwar die Möglichkeit von Verwaltungsbefugnissen des Mannes an den zum Geschäftsvermögen gehörenden Gegenständen anerkennen zu wollen, dagegen lehnt es scharf seine Befugnis zur Verwaltung eines von der Frau betriebenen Geschäfts ohne ihre Zustimmung ab, entzieht ihm damit also das Geschäftsganze als wirtschaftliche Einheit.

Bevor wir uns nun mit dieser Entscheidung auseinandersetzen, sei die Ansicht zweier Schriftsteller wiedergegeben, die, damit nicht zufrieden, unter bestimmten Voraussetzungen auch die güterrechtlichen Befugnisse des Mannes an dem realen Geschäftssubstrat selbst ausschließen wollen.

So unterzieht Thiele[21]) die im Urteil des Reichsgerichts beleuchteten Gesichtspunkte einer eingehenden Prüfung. Nach ihm bleiben diejenigen Bestimmungen des Gesetzes unanwendbar, auf Grund deren der Mann den Geschäftsbetrieb der Frau praktisch vereiteln könnte. Diese Auffassung sieht er als eine Konsequenz der unbestrittenen Tatsache an, daß die Ehefrau ein Geschäft selbständig auch ohne Einwilligung ihres Mannes betreiben darf, und als einen Ausfluß der im § 89 der Einleitung des preuß. allgem. Landrechts aufgestellten und stillschweigend auch heute noch geltenden Satzes: „Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann". Da jedoch auch Thiele die Möglichkeit verneint, daß die Frau die Rechte des Mannes am eingebrachten Gut während bestehender Ehe durch Gründung oder Kauf eines Geschäftes beseitigen kann, so spricht er dem Ehemann das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht lediglich an dem in die Ehe gebrachten Geschäft seiner Frau ab. Daß er trotzdem nicht auf demselben Standpunkt steht wie Dernburg und Hachenburg, beweist er damit, daß der Mann nach seiner Auffassung der Frau

---

[21]) ArchZivPrax. Bd. 101 S. 307 ff., insbes. S. 336 ff.

nur nicht entgegenwirken dürfe, das Erwerbsgeschäft bleibe aber im eingebrachten Gut, ohne daß die Beschränkungen, die das Gesetz der Frau auferlegt, verschwänden. Daher könne die Frau z. B. nicht, wie bei Vorbehaltsgut, einseitig Geschäftsbestandteile veräußern, ebensowenig Forderungen einziehen und geschuldete Leistungen annehmen. Einen Vorzug seiner Auffassung glaubt Thiele[22]) darin zu sehen, daß wenn die Frau den Geschäftsbetrieb aufgibt, beispielsweise, weil sie sich ihrer Aufgabe nicht gewachsen fühle, nur die bisherigen Schranken fallen und dem Mann alle sonstigen Rechte am eingebrachten Gut wieder zukommen. Diese Folge könne dagegen die Dernburg-Hachenburgsche Theorie nicht zeitigen. „Vorbehaltsgut auf Zeit" kenne das Gesetz nicht. Bis zum Abschluß eines Ehevertrages würden somit nach dieser Theorie in dem genannten Beispiele die Waren, Gelder, Forderungen trotz Aufhörens ihrer Zweckbestimmung Vorbehaltsgut bleiben; damit aber hätte die Frau es schließlich in der Hand, die Bestimmungen des ordentlichen gesetzlichen Güterstandes des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Haufen zu werfen.

Man mag nun über den Wert des letzten, ziemlich entlegenen Argumentes denken, wie man will; das steht fest, daß auch nach Thiele ohne ein gutes Einvernehmen der Ehegatten ein wünschenswerter Geschäftsbetrieb unmöglich ist und daß ebenso die unglückselige Mischung beider Vermögensmassen der Frau nicht beseitigt wird. Diesen praktischen Nachteilen stehen aber auch gewichtige methodische und dogmatische Bedenken gegenüber. Das allgemeine Prinzip, das das allgem. Landrecht aufstellt, wird zwar implizite für jedes Gesetz, also auch für das Bürgerliche Gesetzbuch, Geltung beanspruchen dürfen. Aber es geht u. E. nicht an, zur Befriedigung des Bedürfnisses nach einem Schutz wirtschaftlicher und ideeller Interessen dieses Prinzip auf einen konkreten Fall anzuwenden, in dem das Gesetz der einen Partei eine unklare Stellung gegeben hat, ohne der anderen Rechte zu nehmen. Man käme sonst ins Uferlose. Thiele überschreitet damit trotz seines Einwandes zweifellos die Grenzen zulässiger Interpretation.

---

[22]) S. 359.

Und worauf stützt sich denn überhaupt die Schranke, die Thiele in § 1405 findet, der ja nur die güterrechtlichen Folgen der Einwilligung des Mannes in den Geschäftsbetrieb seiner Frau behandelt. Das Prinzip des allgem. Landrechts müßte, folgerichtig durchgedacht, dahin führen, Thieles Postulat für jeden selbständigen Geschäftsbetrieb der Frau anzuerkennen, da die Eingehung der Ehe keinen Einfluß auf die Geschäftsfähigkeit der Ehefrau hat, demnach der Vordersatz der Vorschrift des allgem. Landrechts „Wem die Gesetze ein Recht geben ..." Platz greift.

Geradezu unhaltbar wird schließlich Thieles Theorie, wenn man sich ihr Ergebnis vor Augen führt. Verwaltung und Nutznießung am Geschäft solle fehlen, das Geschäft jedoch trotzdem die Eigenschaft von eingebrachtem Gut behalten! Diese Konsequenz erscheint unrichtig, wenn man Thieles Standpunkt über die Differenzierung von Vorbehaltsgut und eingebrachtem Gut sich vor Augen hält. Thiele führt nämlich aus[23]): Vorbehaltsgut sei nicht dasjenige Frauengut, an dem dem Mann Verwaltung und Nutznießung nicht zustehe, sondern nur dasjenige Frauengut, welches in den §§ 1366—1370 als solches bezeichnet sei. Was nicht unter diese Ausnahmebestimmungen zu bringen sei, bleibt demnach eingebrachtes Gut, auch wenn des Mannes Verwaltungs- und Nutznießungsrecht daran fehle.

Diese Argumentation ist insofern richtig, als Vorbehaltsgut in der Tat die Ausnahme darstellt. Wo steht aber die Bestimmung, daß die Aufzählung dessen, was Vorbehaltsgut ist, erschöpfend sei? Die zutreffende Tatsache, daß § 1365 keine Begriffsbestimmung des Vorbehaltsguts gibt, beweist u. E. nichts; sie spricht ebensogut pro wie contra Thiele. Das Gesetz pflegt übrigens auch in der Regel anzudeuten, wenn bestimmte Vorschriften erschöpfenden Charakter haben sollen. So sagt es z. B. in den vorangestellten §§ 1323 u. 1330, daß die Ehe „nur" in den Fällen der besonders aufgezählten §§ 1324—1328 bezw. 1331 bis 1335 u. 1350 vernichtbar oder anfechtbar sei. Ferner muß man auch berücksichtigen, daß die §§ 1366 u. 1370 in ihren allerdings engen Schranken ein Mittel in die Hand geben, die speziell

[23]) S. 333, 341.

im Gesetz aufgeführten Kategorien des Vorbehaltsguts ohne die Formvorschrift des § 1368 beliebig zu vermehren. Schließlich aber — und das ist ein ausschlaggebendes Argument — enthält u. E. die Formulierung von Thiele, wenn man sie nicht vom Standpunkt des Vorbehaltsguts, sondern einmal auch von dem des eingebrachten Guts betrachtet, geradezu eine contradictio in adjecto. § 1363 enthält zwar keine Definition des eingebrachten Guts, ebensowenig wie § 1365 die des Vorbehaltsguts, sagt aber ganz bestimmt, daß das Vermögen der Frau durch die Eheschließung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen werde, und wenn auch das Gesetz diese Rechte oft auf ein Minimum reduziert, völlig beseitigen kann und will es sie nicht.

Will also Thiele das ehemännliche Verwaltungs- und Nutznießungsrecht an dem in die Ehe gebrachten Geschäft der Frau suspendieren, so muß er notwendig auch dessen Vorbehaltsgutseigenschaft anerkennen. Mit diesem Augenblick aber fällt seine ganze Beweisführung in sich zusammen; denn sie würde dann mehr beweisen als sie will und der von ihm so ausführlich bekämpften Dernburg-Hachenburgschen Theorie eine dritte, mit abweichender Begründung zu dem gleichen Ergebnis gelangende Auffassung an die Seite stellen.

Der zweite Schriftsteller, der in neuerer Zeit dem Unbefriedigenden in den wirtschaftlichen Beziehungen zwischen Mann und Frau abhelfen will, ist Hörle. Er befindet sich, wie wir noch sehen werden, insofern in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht, als auch er dem Mann das Recht verweigert, das Geschäft der Ehefrau in eigenem oder in ihrem Namen fortzuführen. Er will aber auch, solange die Frau das Geschäft führt, dem Mann alle ihm gemäß §§ 1373 ff. zustehenden Rechte dann entziehen, wenn er dem Betriebe zugestimmt hat.[24]) Auch Hörle stützt sich also, wie schon Crome, Schefold u. a., auf die Vorschrift des § 1405, entfernt sich aber im übrigen in seiner Begründung ganz wesentlich von ihnen. Was jedoch u. E. den Ausführungen Hörles jede praktische Bedeutung nimmt, ist die Tatsache, daß der Einspruch des Mannes gegen den Gewerbebetrieb seiner Frau oder

[24]) S. 47 ff.

sein Widerruf der bereits erteilten Einwilligung an keine Form gebunden ist und so der mühevolle Aufbau Hörles wie ein Kartenhaus notwendig zusammenbrechen muß, sobald der Mann, sei es auch noch so willkürlich, von dem ihm zustehenden Einspruchs- oder Widerrufsrecht Gebrauch macht.[25]) Hörles Ansicht sind nur Düringer-Hachenburg[26]) beigetreten, allerdings bemerken auch sie, daß die Rechte des Mannes wiederaufleben, sobald der Mann die Einwilligung zum Geschäftsbetrieb im ganzen widerruft oder dagegen Einspruch erhebt. Solange aber das Gesetz die Ausübung dieser Rechte durch den Mann nicht von dem Vorhandensein eines wichtigen Grundes abhängig macht, kann Hörles Versuch nur als eine Notkonstruktion bezeichnet werden, deren Ergebnis der aufgewandten Arbeit nicht einmal entspricht.[27])

Wir können zunächst Hörle gleichfalls den Thieles Erörterungen gegenüber gemachten Vorwurf nicht ersparen, daß er, solange die Einwilligung des Ehemanns vorliegt, dessen Verwaltungs- und Nutznießungsrecht am Geschäft ausschließt und dieses trotzdem eingebrachtes Gut sein läßt. Zum Beweise seiner Ansicht bemerkt Hörle, daß der Mann gemäß § 1373 ein Recht auf den Verwaltungsbesitz habe, ohne allerdings deshalb der Frau gegen ihren Willen den Besitz gewaltsam entziehen zu dürfen. Wenn er nun der Frau zum selbständigen Betrieb eines Geschäftes Betriebsmittel überlasse, so erlange sie daran den unmittelbaren Besitz. Infolge der Einwilligung des Mannes zum selbständigen Betrieb eines Gewerbsgeschäftes durch die Frau scheide aber ferner einmal der Betrieb aus dem Bereiche der das gemeinsame Leben betreffenden Angelegenheiten im Sinne des § 1354 aus,[28]) außerdem werde die Frau von dem güterrechtlichen Einfluß ihres Mannes auf das Geschäft und seine Bestandteile befreit; in den Grenzen

---

[25]) Wie auf S. 16 Anm. 6 und S. 18 Anm. 9 bemerkt ist, hält Hörle den ehevertraglichen Verzicht des Mannes auf sein Einspruchs- bezw. Widerrufsrecht für gültig. In diesem seltenen Falle trifft der Vorwurf des Textes nicht zu; vgl. oben S. 18ff.

[26]) Allgem. Einl. Anm. 72.

[27]) vgl. zum folgenden Kiefe S. 228ff.; auch Oehlert S. 40.

[28]) So schon Dernburg in DJZ. 1902 S. 468; dagegen Thiele S. 345.

des Geschäftsbetriebes falle damit durch die Einwilligung des Mannes dessen Verwaltungs- und Nutznießungsrecht an die Frau. Wenn demnach der Frau an ihrem Geschäft und seinen Bestandteilen Besitz, Verwaltung und Nutznießung zustehe, so entfalle auch der innere rechtliche Grund und Zweck der ehemännlichen Rechte. Ja, deren Ausübung sei sogar solange unmöglich, als der Mann dadurch, daß die Frau mit seiner Einwilligung den unmittelbaren Besitz an dem zum Geschäft gehörigen Gegenständen habe, von der Einwirkung auf das Geschäftsvermögen tatsächlich ausgeschlossen sei.

Diesen Willen des Gesetzgebers will Hörle aus der Vorschrift des § 1405 herleiten und läßt insoweit, im Gegensatz zu seiner weiteren Begründung, keine wesentliche Abweichung von den Ausführungen Schefolds, Dernburgs u. a. erkennen. Die Schlüsse, die er zieht, sind aber aus zwei Gründen nicht zwingend. Einmal begeht er denselben Fehler wie die vorgenannten Schriftsteller, daß er mit der Einwilligung des Mannes nicht nur die der Frau sonst anhaftenden Beschränkungen zugunsten ihres eingebrachten Guts entfallen läßt, wie es § 1405 klar ausspricht, sondern auch die ehemännlichen Rechte selbst. Wenn die Verfügungsfähigkeit der Frau, die der Gesetzgeber überall lediglich zur Sicherung der Rechte des Mannes auf Besitz, Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Guts und zur Verhütung einseitiger Akte der Frau einer Beschränkung unterwirft, mit Willen des Mannes erweitert wird, so entfällt damit doch noch nicht „das gesicherte Recht selbst und seine Ausübungsbefugnis oder auch nur der Grund und Zweck dieses Rechtes".[29])

Ferner läßt Hörle § 1405 zu sehr in den Vordergrund treten gegenüber des sedes materiae, dem § 1367. Denn nicht erst oder nicht lediglich mit der Einwilligung des Mannes gemäß § 1405 wird die Ehefrau unmittelbare Besitzerin, sie ist es ebenso bei nichtkonsentiertem, selbständigem Geschäftsbetrieb. Mit diesem Einwand wird aber Hörle ein seiner Auffassung zweifellos sehr stützendes Argument genommen.

Um der herrschenden Ansicht von möglichst vielen Gesichtspunkten

---

[29]) Kiefe S. 229.

aus entgegenzutreten, erklärt Hörle weiterhin in zutreffenden Ausführungen, daß Verwaltung und Nutznießung untrennbare Bestandteile eines einheitlichen Rechts seien.[30]) Die Nutznießung an ihrem selbständigen Geschäftsbetrieb gewähre § 1367 der Frau, folglich müsse ihr im Falle der Einwilligung des Mannes auch die Verwaltung daran zustehen. Auch dieser Grund ist jedoch nicht stichhaltig; denn § 1367 erkennt die Nutznießung schlechthin der Frau zu, demnach müßte auch bei dem nichtkonsentierten Betriebe das Verwaltungsrecht des Mannes am ganzen Geschäft untergehen. Soweit geht natürlich Hörle nicht.[31]) Wenn er dann aber wieder sagt, daß das von der Frau selbständig betriebene Geschäft als wirtschaftliches Ganze den Rechten des Mannes entzogen sei, weil § 1367 den Geschäftserwerb zu Vorbehaltsgut macht und eine ideelle oder reelle Teilung des Geschäftsganzen im Vorbehaltsgut und in eingebrachtes Gut, demnach auch eine auf das letztere beschränkte Verwaltung ausgeschlossen ist, so liegt darin einmal eine Verkennung der Tatsache, daß das Geschäftssubstrat als Sachgesamtheit nach geltendem Recht nicht Gegenstand eines absoluten Rechts sein kann. Dieser Grund ist aber auch geradezu falsch; denn wenn der Inhaber eines Geschäfts, dem oft nichts zu eigen gehört als seine Schulden, nicht zugleich Eigentümer der Maschinen, Waren u. dgl. zu sein braucht, sei es, daß ein anderer das Eigentum sich vorbehalten hat oder daß Kommissionsware vorliegt, so wird doch diese Zweiung um so eher eintreten können, wenn ein und dieselbe Person Eigentümerin ist und die Ware nur zu verschiedenen Vermögensmassen, teils zum Vorbehaltsgut, teils zum eingebrachten Gut gehört. Mit demselben Recht könnte, worauf Kiefe hinweist, Hörle sagen, daß schon gemäß § 1366 im Hinblick auf die zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Arbeitsgeräte, die sich doch in jedem Geschäft vorfinden werden, dem Mann an dem Konglomerat von Waren, Rechten, tatsächlichen Beziehungen usw. das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht nicht zustehe.

---

[30]) vgl. darüber unten S. 64/65.

[31]) Der Einwand Kiefes, daß Erwerb im Sinne des § 1367 nicht identisch sei mit der Nutznießung der §§ 1367 ff., ist u. E. unberechtigt; vgl. darüber später S. 64.

Hörle will ferner die logische und gesetzliche Folge des Tatbestandes des § 1405 darin erblicken, daß die Frau in die gleiche Lage kommen müsse, in der der Mann sich vorher selbst befunden habe; alle mit dem Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes verbundenen Befugnisse und Pflichten müßten demnach auf die Frau übergehen; das Verwaltungsrecht des Mannes bestehe zwar rechtlich fort, ruhe aber, weil sich eine Mitverwaltung mit der Vorschrift des § 1405 nicht vertrage, ähnlich wie das Recht des gesetzlichen Vertreters im Falle des § 112, tatsächlich in der Ausübung.

Gegen diese Annahme Hörles, die u. E. mit anderen Worten nicht mehr besagt als seine ersten Ausführungen, verweisen wir auf die Gründe, die dagegen geltend gemacht worden sind.[32]) Daß aber auch die zuerst von Cosack gezogene Analogie zwischen Ehefrau und Minderjährigen unrichtig ist, ist bereits bei Erörterung des Begriffs „selbständig" im § 1367 ausgeführt und u. a. auch vom Reichsgericht nachgewiesen worden.

Die bisherigen Argumente Hörles können uns demnach nicht überzeugen, auch wenn ihm zugegeben werden muß, daß bei der gegnerischen Auffassung, die ja in jedem Falle dem Mann seine Rechte aus den §§ 1376, 1377, 1380 läßt, nicht nur das Vertrauen auf die Frau im Handel und Gewerbe geschädigt, sondern zum Nachteil der Geschäftsgläubiger geradezu schwindelhaften Manipulationen Vorschub geleistet wird.

Hörle beruft sich schließlich noch auf die Auffassung des Reichsgerichts, das zwar im Gegensatz zu ihm die Rechte des Mannes am Substrat des Geschäfts nicht antasten will, dessen Befugnis zur Verwaltung eines von der Frau betriebenen Geschäfts ohne ihre Zustimmung aber trotzdem nicht anerkennt. Damit kommen wir zu der bereits einmal gestreiften Frage, ob der Ehemann berechtigt ist, das Geschäft der Frau in ihrem Namen oder in eigenem Namen in Eigenbetrieb zu nehmen. Das Reichsgericht sucht nämlich von einem neuen Gesichtspunkt aus der herrschenden Meinung[33])

---

[32]) vgl. oben S. 31.

[33]) vgl. die Literaturangaben bei Kiefe S. 213 Anm. 21 und bei Isay S. 177 Anm. 1.

nachzuweisen, daß das von der Ehefrau selbständig betriebene Erwerbsgeschäft als Ganzes überhaupt nicht Gegenstand der Verwaltung und Nußnießung des Mannes ist, gegen den Willen der Frau folglich weder in ihrem noch in eigenem Namen von ihm betrieben werden kann. Vergebens sucht das Reichsgericht nach einem Rechtstitel des Mannes zu einer derartigen „Expropriierung“[34]) der Frau. Ein Handelsgeschäft könne zwar gemäß §§ 22, 25 HGB. Gegenstand eines Nießbrauchs sein, jedoch sei hier gütliche Vereinbarung vorausgesetzt. Liege diese nicht vor, so habe der Mann nur die ihm vom Gesetz zuerkannten Rechte. Zu diesen gehöre aber der Nießbrauch deshalb nicht, weil das Bürgerliche Gesetzbuch, wie es schließlich gestaltet worden sei, nur einen Nießbrauch an einem Vermögen im Sinne der §§ 1085 ff. kenne, dagegen der Nießbrauch an einem Inbegriff von Sachen und Rechten, also auch der Nießbrauch an einem Erwerbsgeschäft ihm fremd sei.

Gegen diese Auffassung des Reichsgerichts machen nun Düringer-Hachenburg[35]) einen u. E. nicht unberechtigten Vorstoß. Schon Kiefe,[36]) der wegen der Vorschrift des § 1375 das Ergebnis des Reichsgerichts billigt, bemerkt, es lasse sich daraus, daß das Gesetz den Nießbrauch an einem Geschäft als Ganzem ausschließe, für das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemanns keine Folgerung ziehen, weil es sich hier um ein ganz anderes, vom Gesetz in bewußtem Gegensatz zum Nießbrauch gestelltes Institut handele. Noch weiter gehen Düringer-Hachenburg. Obwohl der Nießbrauch an einem Erwerbsgeschäft im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelt sei, steht er ihrer Ansicht nach mit dem Frucht- und Nießbrauchsbegriff des Gesetzes nicht in Widerspruch. Namentlich habe aber das Reichsgericht den § 1655 BGB. nicht berücksichtigt, der von der elterlichen Nutznießung an dem zum Vermögen der Kinder gehörigen Erwerbsgeschäft spricht. § 1655 bezeichnet zwar, was Düringer-Hachenburg übersehen, genau genommen als Objekt der Nutznießung das Vermögen. Daß aber das Gesetz im § 1655 die Nutznießung am Geschäft als organischem Ganzen

---

[34]) Bem. von Isay S. 177 Anm. 1.
[35]) Allgem. Einl. Anm. 75; vgl. dazu Wolff S. 166 Anm. 12.
[36]) S. 211 ff.

meint, geht unzweifelhaft daraus hervor, daß es nicht die Nutzungen der einzelnen Geschäftsbestandteile, sondern den Reinertrag des Geschäfts dem Vater zuweist.[37]) Wenn somit der Einwand, daß das Gesetz keine Nutznießung an einem Geschäft kenne, unbegründet sei, so entfalle damit auch der Grund, im Hinblick auf § 1367 das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes am eingebrachten Gut illusorisch zu machen.

So kommen Düringer-Hachenburg, obwohl sie dem Mann den Geschäftsbetrieb im Namen der Frau verweigern, zu dem Ergebnis, daß er unabhängig von der Einwilligung der Frau während der Dauer des Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung ihr Geschäft in eigenem Namen führen darf. Bei Widerstand der Frau könne er daher die Einweisung in die Geschäftsbestandteile im Klagewege verlangen. Daß allerdings trotz der Bestimmungen der §§ 1376, 1377 ff. ohne Zustimmung der Frau auch unter der Direktive des Mannes ein geregelter Geschäftsgang nicht möglich ist, interessiert in diesem Zusammenhang weiter nicht und wird von Düringer-Hachenburg auch nicht bestritten.

Die Begründung des Reichsgerichts kann demnach nicht als stichhaltig erscheinen. Aber auch Düringer-Hachenburgs Auffassung scheitert an der Tatsache, daß sie den Mann, der ja wegen der Vorschrift des § 1375 BGB. das Geschäft im Namen der Frau nicht betreiben kann, für befugt halten müssen, den bisherigen Gewerbenamen mit dem seinigen zu vertauschen oder die Löschung der bisherigen Firma gemäß § 37 HGB. zu verlangen und seine Firma zum Handelsregister anzumelden. Diese Konsequenz, die zu ziehen sie gezwungen sind, ist jedoch unrichtig.[38]) Denn mag man nun das Firmenrecht als Persönlichkeitsrecht oder als immaterielles Güterrecht ansehen, in einem Falle liegt es auf der Hand, daß der Mann den Namen des Geschäftes nicht antasten darf, im andern Falle würde er durch Löschung

---

[37]) vgl. dazu Jacusiel S. 96; Winter in DJZ. 1906 S. 316; Pisko S. 130 Anm. 1 u. 2; Thiele S. 357; Wolff bei Gierke Bd. 2 S. 121 Anm. 15 a. E.; Isay S. 12.

[38]) vgl. Wieruszowski S. 294; Jacusiel S. 91; Kiese S. 214; Lehmann S. 95 Anm. 1, S. 116 Anm. 3.

entgegen § 1375 über ein zum eingebrachten Gut gehörendes Recht ohne Zustimmung der Frau verfügen,[39]) und zweifellos würde eine solche Änderung selbst dann vorliegen, wenn nur das Nachfolgerverhältnis angedeutet werden würde. So liegt die Sachlage folgendermaßen: Das Geschäft der Frau unter ihrem Namen oder unter der bisherigen Firma darf der Mann nicht führen, in eigenem Namen kann er es nicht, nichtsdestoweniger gestatten seine gesetzlichen Befugnisse es ihm, über Warenlager, Geldbestände u. dgl. im Rahmen der §§ 1376, 1377 frei zu verfügen. Lediglich der Geschäftsname ist also dem Mann vorenthalten. Damit ist er aber doch nicht von dem ausgeschlossen, was den wirtschaftlichen Wert des Geschäfts ausmacht und nicht, wie z. B. der Kredit, lediglich Ausfluß der Persönlichkeit der Frau ist, nämlich der Organisation, den Geschäftsgeheimnissen, den Absatzbeziehungen, überhaupt den sogen. Chancen. Und doch kann die vorstehende Auffassung, die ja dem Mann verbietet, das Geschäft der Frau in ihrem oder in eigenem Namen zu führen, ihm nicht zu jenen tatsächlichen Beziehungen verhelfen, die, wirtschaftlich gedacht, überhaupt erst das Geschäft darstellen. Sie muß vielmehr in längst überwundener Personifizierung der Firma, die doch lediglich ein das konkrete Geschäft individualisierender Faktor ist, Firma und Geschäft gleichstellen und dazu führen, daß, wenn der Mann mit Bestandteilen des eingebrachten Guts ein gleichartiges Geschäft, wie die Frau es betrieben hat, führen will, er nur ein neues, eigenes Erwerbsgeschäft begründen kann, für das u. a. die §§ 22, 25 HGB. keine Anwendung finden.[40])

§ 6.

Wolffs Ansicht über den güterrechtlichen Charakter des Erwerbsgeschäfts der Ehefrau.

Nach den bisherigen Ausführungen mußten wir die zum Teil entgegengesetzten Ansichten über die güterrechtlichen Befugnisse

[39]) Darüber, daß auch § 1379 nicht Platz greift, vgl. Kiefe S. 214.

[40]) vgl. Lehmann-Ring S. 14; Wieruszowski S. 294; Lehmann S. 95.

des Mannes am selbständig betriebenen Geschäft seiner Frau entweder völlig ablehnen oder doch in vielen Punkten als rechtlich unhaltbar bezeichnen. Aber wenn auch viele Schriftsteller zweifellos mehr in das Gesetz hineininterpretieren, statt aus dem Gesetz heraus, so bewegen sich doch alle in der Richtung, die ohne Abschluß eines Ehevertrages den Launen und der Willkür ihres Mannes ausgesetzte Geschäftsfrau bis zu einem gewissen Grade wirtschaftlich unabhängig zu stellen.

Dieses Problem sucht nun Wolff in seinem Lehrbuch des Familienrechts[1]) von einem neuen Gesichtspunkt aus zu lösen. Er fußt auf dem in unserer bisherigen Darstellung geflissentlich übergangenen Begriff des Erwerbsgeschäfts, das, losgelöst von den zum Betrieb gehörigen Sachgütern, Rechten u. dgl., er dem güterrechtlichen Einfluß des Mannes entziehen will. Damit nähert sich Wolff, wenn auch in anderer Form, einer Meinung, die sich in der zitierten Entscheidung des Reichsgerichts und ohne einleuchtende Begründung ähnlich auch schon bei Wieruszowski[2]) findet. Wolff geht aber erheblich weiter; denn, um auch die Geschäftsbestandteile der alleinigen Verfügungsmacht der Frau zuzuführen, baut er im Sinne Dernburgs und Hachenburgs auf der Grundlage des § 1370 BGB. sein Problem weiter aus. Bei ihm braucht auch, eben weil er von dem Begriff des Erwerbsgeschäfts ausgeht, die von uns zuletzt gerügte Konsequenz nicht einzutreten, daß lediglich deshalb, weil der Name des Geschäfts für den Mann ein noli me tangere ist, „das Geschäft als solches" ihm entzogen bleibt.

Wolff deduziert nun folgendermaßen: Wenn das Gesetz im § 1367 die Nutzungen des Erwerbsgeschäfts zum Vorbehaltsgut mache, so erkläre es auch das Erwerbsgeschäft als der ehemännlichen Nutznießung nicht unterworfen; und zwar sieht Wolff darin nicht lediglich die logische Folge des Tatbestandes des § 1367, sondern begründet diese Auffassung damit, daß das ordentliche gesetzliche Güterrecht eine Trennung von Verwaltung und Nutz-

[1]) S. 166 ff., 199. In der kürzlich erschienenen 7./8. Aufl. erklärt Engelmann (§ 1367 Bem. 3c), ohne dazu Stellung zu nehmen, kurz, daß Wolff zwischen Erwerbsgeschäft und Geschäftsvermögen unterscheide.

[2]) S. 267 ff., 279 ff.; vgl. dagegen Thiele S. 339 ff.

nießung nicht kenne. Dieses Argument benutzt zwar schon Dernburg[3]) zur Unterstützung seiner weitgehenden Lehre und wird auch von Endemann[4]) verwertet. Beide betrachten aber das Erwerbsgeschäft als einen Komplex von Sachen, Rechten, tatsächlichen Beziehungen usw., während Wolff ohne Rücksicht auf das reale Substrat das Erwerbsgeschäft oder Unternehmen nur als eine, wie zunächst etwas unbestimmt gesagt sei, organisierte Erwerbsgelegenheit auffaßt. Das Erwerbsgeschäft in diesem Sinne sieht er als selbständiges Rechtsgut an und kann es natürlich nur dann von der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung ausschließen, wenn er der u. E. richtigen Meinung ist, daß im „Erwerb" des § 1367 zumindest der Begriff der Nutznießung enthalten ist. An anderer Stelle wurde gegenüber Thiele[5]) bereits dargelegt, daß bei Ausschluß der Verwaltung und Nutznießung für eingebrachtes Gut kein Platz mehr ist. Im Hinblick auf diese Ausführungen wäre demnach im Einklang mit Wolff das Erwerbsgeschäft in dem genannten engen Sinne, wenn es von der Ehefrau selbständig oder in ihrem Namen von ihrem Mann betrieben wird, als Vorbehaltsgut zu qualifizieren. Das Geschäftsvermögen dagegen, die Waren, Geldbestände, Forderungen, Inventarstücke, die Patent- und anderen Rechte, Kundenwechsel u. dgl. gehören auch nach Wolff, sofern nicht die im § 1367 statuierte Rechtsfolge sie teilweise bereits zu Vorbehaltsgut gestempelt hat, grundsätzlich zum eingebrachten Gut. Vorbehaltsgut werde das Geschäftsvermögen in seiner Gesamtheit jedoch dann, wenn der Ehemann seiner Frau Eingebrachtes zur Verwendung im Unternehmen ausdrücklich oder stillschweigend überlasse, eine Annahme, die Wolff auf die dritte Alternative des § 1370 BGB. stützt. Nach dieser Vorschrift ist Vorbehaltsgut das, „was die Frau durch ein Rechtsgeschäft erwirbt, das sich auf das Vorbehaltsgut bezieht". Da aber das Unternehmen selbst Vorbehaltsgut sei, so sei auch der Erwerb der Betriebsmittel ein auf Vorbehaltsgut bezügliches Geschäft.

---

[3]) DJZ. 1902 S. 465; vgl. auch für Hörle oben S. 32 Anm. 30.
[4]) S. 335.
[5]) vgl. oben S. 28/29.

Diese kurze Skizzierung genüge zunächst. Sie zeigt, daß von Wolffs Standpunkt aus, selbst wenn die Voraussetzungen des von ihm herangezogenen § 1370 nicht gegeben sind, in jedem Falle, mag nun die Ehefrau ihr Geschäft vor oder in der Ehe gegründet haben, der Ehemann, wenn er gemäß § 1376 das Geschäftsvermögen an sich nimmt, damit nur ein neues Geschäft zu begründen in der Lage ist, was namentlich firmenrechtlich wichtig ist, und seine Frau nicht hindern kann, mit Hilfe des Kredits oder mit Mitteln etwaigen Vorbehaltsguts ihr als Vorbehaltsgut anzusprechendes Geschäft unter der alten Firma weiterzubetreiben. Die Frage, ob der Mann das Geschäft der Frau in ihrem oder in eigenem Namen führen darf, wird also von Wolff auf Grund des § 1367 von einem einheitlichen Gesichtspunkt aus abgelehnt. Hat endlich der Ehemann die zum eingebrachten Gut gehörenden Geschäftsbestandteile seiner Frau für den Geschäftsbetrieb überlassen, so wird damit nach Wolff auf Grund des § 1370 Teilsatz 3 das Erwerbsgeschäft nebst allen seinen Bestandteilen in das Vorbehaltsgut der Frau eingereiht und so der Einflußsphäre des Mannes entzogen.

Demgegenüber regt sich nur ein Bedenken. Worauf stützt Wolff den von ihm offenbar vorausgesetzten engen Begriff des Erwerbsgeschäfts und die damit verbundene Scheidung von Erwerbsgeschäft und Geschäftsvermögen?[6]) Über diesen Kulminationspunkt seines Problems Klarheit zu schaffen und dabei die Lehre vom Unternehmen einer gedrängten Kritik zu unterziehen, sei unsere nächste Aufgabe, bevor wir Wolffs Argumentation und den Wert der damit eröffneten Perspektiven auf die wirtschaftliche Unabhängigkeit der Frau eingehend würdigen.

---

[6]) S. 167 Anm. 18 in Verb. mit Berliner Festg. für Gierke Bd. 2 S. 120 Anm. 15; ebenso Sachenrecht 2. Aufl. 1913 § 123 Anm. 7.

Zweiter Teil.

Die rechtliche Natur des Unternehmens.

§ 7.

Allgemeines.

Während die bisherige Literatur den Begriff des Erwerbsgeschäfts in den engen Schranken der §§ 1367, 1405 zu erklären und insbesondere von dem gleichfalls in § 1367 behandelten Begriff der Arbeit abzugrenzen sucht,[1]) ist Wolff der erste Schriftsteller, der aufbaut auf den neuerdings in erster Linie von der österreichischen Privatrechtswissenschaft unternommenen Versuchen, das Problem des Unternehmens von einem allgemeinen Gesichtspunkte aus systematisch anzufassen. Dieses interessante Rechtsgebiet kann natürlich im Rahmen dieser Abhandlung nicht erschöpfend behandelt, sondern nur insoweit erörtert werden, als es zur Bildung und Rechtfertigung einer Grundansicht und insbesondere zum Verständnis von Wolffs Auffassung notwendig ist. Daher darf die bedeutsame Frage nach der Stellung des Unternehmens im Rechtsverkehr überhaupt hier nur gestreift werden, die Frage also, ob und inwieweit das Unternehmen Gegenstand der Veräußerung, der Verpachtung, der Vererbung, des Pfandrechts und der Zwangsvollstreckung sein kann.

Nur angedeutet sei, daß in Deutschland die Jurisprudenz in um so schwierigerer Lage ist, als ihr nicht die §§ 341 ff. der österr. Exekutionsordnung v. 27. 5. 1896 sowie das franz. Gesetz v. 17. 3. 1909 (Loi relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce) zu Gebote stehen, die die Behandlung des Unternehmens als einer gegenständlichen Einheit

[1]) vgl. Thiele S. 309 ff.; Hörle S. 11 ff.

rechtfertigen können. Gerade die gesetzliche Regelung in Frankreich,[2]) die diese rechtliche Einheit des Geschäfts in dem nur einen gewissen Teil des Geschäftssubstrats umfassenden sogen. fonds de commerce zu verwirklichen sucht, dürfte in Deutschland für die Betrachtung de lege ferenda vorbildlich sein. Nach geltendem Recht ist es jedoch unmöglich, den ganzen Komplex von Gütern, Rechten und tatsächlichen Beziehungen, der im Unternehmen steckt, zu einer Einheit zusammenzuschweißen und so mit einem einheitlichen subjektiven Recht zu umspannen. Es wurde und wird zwar von namhaften Juristen versucht, nicht nur die begriffliche Möglichkeit von Sachgesamtheiten zu verteidigen, sondern sie geradezu aus dem positiven Recht herzuleiten, aber selbst von der Anerkennung eines einheitlichen Rechts an einem Vermögen wäre immer noch ein weiter Schritt bis zur Annahme eines absoluten Rechts an einem geschäftlichen Unternehmen.

So müssen wir uns de lege lata mit den dürftigen, namentlich im Handelsgesetzbuch, dem familienrechtlichen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der Gewerbeordnung, dem unlauteren Wettbewerbsgesetz, Patentgesetz und Warenzeichengesetz zerstreuten Vorschriften[3]) abfinden, die das Unternehmen als Ganzes auffassen, ohne über seine Rechtsnatur Aufschluß zu geben. An diesen Stellen werden dabei ganz regellos die verschiedensten, aber rechtlich gleichbedeutenden Ausdrücke gebraucht, wie „Geschäft" und „Erwerbsgeschäft" mit ihrer nur auf Handelsgewerbe bezüglichen Unterart „Handelsgeschäft", ferner „Gewerbe", „Handlung", „Betrieb" und schließlich „Unternehmen". Wenn auch der Sprachgebrauch des täglichen Lebens im Unternehmen eine bedeutendere geschäftliche

[2]) Für das ältere, nur aus einem Artikel bestehende und dem art. 2075 code civil angehängte Gesetz v. 1. 3. 1898 vgl. die fesselnde Darstellung bei Stegemann, Vererbung eines Handelsgeschäfts S. 55 ff.; ferner v. Ohmeyer, Unternehmen S. 90 Anm. 200; Isay, Recht am Unternehmen S. 6, 194 ff. Für das geltende französische Recht vgl. Schöndorf, Zur Frage von der Mobiliarhypothek, in ZHR. Bd. 68 S. 542 ff.; Isay in LZ. 1911 S. 287 ff.; Keller in DNotZ. Bd. 11 S. 275 ff.; sowie die kritischen Bemerkungen von Marc Desserteaux (Bibliographie des Thèses de doctorat de 1911), Annales de droit commercial 1912 S. 407 ff.

[3]) §§ 22—28 HGB.; § 7 WarenZG.; § 5 PatG.; § 14 UnlWG.; §§ 1367, 1405, 1412, 1414 u. a. BGB.; vgl. Pisko S. 2 ff.; Isay S. 2 ff.

Organisation von stark kapitalistischer Natur sieht, so hat sich doch dieser Ausdruck in der neueren Literatur so sehr eingebürgert,[4]) daß auch wir ihn im folgenden, regelmäßig wenigstens, beibehalten werden.

§ 8.

Ablehnung der Begriffsbestimmungen des Unternehmens.

Die Literatur,[1]) die sich mit der Feststellung des Unternehmensbegriffs beschäftigt, geht dabei meist von einer Interpretation der §§ 22 ff. HGB. aus, die an den Erwerb eines Handelsgeschäfts die Zulässigkeit der Fortführung der Firma des früheren Inhabers knüpfen. Obwohl man nun dabei die sehr bestrittene Frage erörtern muß, was für die „Kontinuität" des Geschäftsbetriebs als Voraussetzung des Übergangs des Firmenrechts genügend ist, geht die herrschende Ansicht doch nicht so weit, den farblosen Begriff des Unternehmens gegenüber der Fülle der Lebenserscheinungen in eine absolute Form zu pressen, sondern begnügt sich mit einer Beschreibung dessen, was im konkreten Falle zum Unternehmen gehören kann. Allerdings ist man sich wohl bewußt, daß das Unternehmen nicht nur den Inbegriff der mit ihm in Beziehung stehenden Aktiven und Passiven[2]) darstelle, sondern daß zur Erfüllung des einheitlichen wirtschaftlichen Zwecks noch ein weiteres erforderlich sei, das über den Geldwert der im

---

[4]) Pisko S. 1 Anm. 1; Isay S. 1 ff.

[1]) Für die ältere Literatur vgl. z. B. Behrend in Z. f. Gesetzgeb. u. Rpfl. in Preußen Bd. 4 S. 429 ff.; Stegemann S. 5 ff.; Jacusiel S. 3 ff. Von der heute überwundenen Auffassung, die im Unternehmen als Zweckvermögen ein Rechtssubjekt sieht, kann hier abgesehen werden; vgl. Pisko S. 5 Anm. 1; Stegemann S. 5 ff.

[2]) Auf die Frage, ob auch die Passiven zum Vermögen gehören, kann hier nicht eingegangen werden. Dafür u. a. Lehmann S. 106 Anm. 2 (mit Literatur), offenbar auch v. Ohmeyer S. 11, 37, dagegen neuerdings im Anschluß an Binder Stegemann S. 38 ff., Pisko S. 173 ff., Isay S. 146 ff.; Isay S. 148 und v. Tuhr, Allgem. Teil d. BürgR. S. 325 glauben, daß im einzelnen Fall ein Zweifel nicht möglich sein wird, der Streit daher nur terminologischer Natur sei; gegen v. Tuhr Enneccerus 6.—8. Aufl. Bd. 1 S. 323 Anm. 9.

Geschäft enthaltenen Dinge und Werte hinausgehe, eine Erkenntnis, die sich übrigens zuerst im Bilanzrecht durchgesetzt hat. So kommt man zu folgender Aufzählung: Das Unternehmen ist ein Aggregat von Grundstücken, Gebäuden, Maschinen und Werkzeugen, fertigen, halbfertigen und rohen Waren, Bargeld, Geschäftsforderungen und -schulden, Wechseln, Effekten, Patenten, Warenzeichen, Gebrauchsmustern, Geschmacksmustern, sonstigen Urheber- und Personenrechten, namentlich Firmenrechten, dem kaufmännischen und technischen Personal und dergleichen und schließlich dem, was diese Teile als geistiges Band zusammenhält und in einem engeren Sinne als „Chancen" bezeichnet wird, nämlich der gesamten Organisation. Diese umfaßt den Ruf und Kredit des Geschäftes, das Verhältnis des Chefs zum Personal, die Fülle kaufmännischer und technischer Erfahrungen, etwaige Geschäftsgeheimnisse, die Beziehungen zu den Kunden und Lieferanten und andere Imponderabilien.

Man erkennt nun an, daß innerhalb dieser Grenzen der Begriff des Unternehmens von Fall zu Fall zu beurteilen sei, ist sich jedoch darüber klar, daß ohne die zuletzt genannten tatsächlichen Beziehungen der Betrieb wie der Erwerb eines Geschäftes undenkbar sei.[2a]) Das ist auch der Grund, daß, im einzelnen variierend, eine Anzahl Schriftsteller in diesen tatsächlichen Beziehungen nicht nur einen Unternehmensbestandteil, sondern das Unternehmen selbst sehen wollen; so zuerst Regelsberger,[3]) der unter Handelsgeschäft nur „die mit einer bestimmten Räumlichkeit oder einem bestimmten Namen oder mit beiden verknüpfte Gelegenheit zum Betriebe eines Handelsgewerbes" versteht; „ein Weiteres ist darunter weder notwendig noch regelmäßig begriffen". Ähnlich äußern sich auch Simon,[4]) der im übrigen gegen

---

[2a]) Dieser Gesichtspunkt zeigt auch, wie die Begriffe „Arbeit" und „Erwerbsgeschäft" in § 1367 BGB. abzugrenzen sind. Wo die Organisation und überhaupt die tatsächlichen Beziehungen fehlen, ist es unmöglich, ein Erwerbsgeschäft anzunehmen, wie es merkwürdigerweise die Monographien über die Stellung des Erwerbsgeschäftes der Ehefrau fast ausnahmslos tun, so z. B. für die Fabrikarbeiterin und Dienstbotin vgl. oben S. 5 und unten S. 58 Anm. 22.

[3]) ZHR. Bd. 14 S. 12.

[4]) ZHR. Bd. 24 S. 91 ff., insbes. S. 118 ff.

Regelsberger polemisiert, und Binder,[5]) der das Handelsgeschäft als „Gelegenheit und Veranstaltung zum Zwecke des kaufmännischen Betriebes" definiert. In der gleichen Richtung bewegen sich noch andere Schriftsteller.[6]) Die Frage, wieweit ihnen zu folgen ist, wird bei Besprechung der Schrift von Pisko, des jüngsten Vertreters dieser Auffassung, zu erörtern sein.

Die Untersuchungen dieser Schriftsteller heben naturgemäß scharf den Unterschied zwischen dem, was als Geschäft angesehen wird, und den materiellen Geschäftsgrundlagen, dem sogen. Geschäftsvermögen, hervor.

Auf dieser Unterscheidung baut nun auch Wolff auf. Er geht aber offenbar noch weiter; denn während jene Schriftsteller zu dem Ergebnis kommen, daß es trotz der entsprechenden Bestimmungen der deutschen Gesetzgebung keine Veräußerung, Verpachtung, Vererbung usw. eines Unternehmens gebe, dieses vielmehr nur ein abstractum, eine „tatsächliche Situation" und kein Rechtsobjekt sei, schließt sich Wolff[7]) mit unwesentlicher Abweichung den scharfsinnigen Ausführungen von Pisko an, der dem Unternehmen die Eigenschaft eines Rechtsobjekts zumißt.

Bevor wir jedoch zu Pisko Stellung nehmen, der sich ja mit den genannten Schriftstellern insofern berührt, als auch er, in allerdings neuer, grundlegender Formulierung in den tatsächlichen Beziehungen das Unternehmen selbst erblicken will, sei kurz dargelegt, inwieweit sich jene scharfe Trennung von Geschäft und Geschäftsvermögen aus den positiven Gesetzesnormen rechtfertigen läßt. Dieser Inzidentpunkt muß beantwortet werden, weil auch

---

[5]) Rechtsstellung des Erben Bd. 1 S. 31 ff.

[6]) vgl. Hellwig, Verträge S. 339 ff.; Sohm im ArchBürgR. Bd. 28 S. 182 Anm. 6 a. E. (Literaturangabe bei Müller, Die rechtliche Natur des Handelsgeschäfts, Hallenser Diss. 1908, S. 18 Anm. 4); ähnlich in eingehender Begründung Geller, ÖZBl. 1889 S. 1 ff., 65 ff. 129 ff., 471 ff.; 1890 S. 601 ff., 665 ff.; 1891 1 ff; 1906 S. 916 ff.; 1908 S. 873 ff. (Polemik gegen Piskos Theorie); 1909 S. 1 ff., 465 ff., 881 ff., 977 ff.; 1910 S. 881 ff.

[7]) Berliner Festg. für Gierke Bd. 2 S. 120 ff.; neuerdings sagt Wolff in seinem Lehrb. d. Sachenrecht 2. Aufl. 1913 §§ 79 II, 1, 97 I, daß das Unternehmen ein selbständiges immaterielles Rechtsgut sei. Wolff erkennt also das Recht am Unternehmen als Immaterialgüterrecht an; vgl. Näheres darüber S. 56 unten Anm. 14.

Wolff diese Gliederung vornimmt in der Frage unseres Themas, welche güterrechtlichen Befugnisse dem Mann an dem von der Frau selbständig betriebenen Unternehmen im Güterstand der Verwaltung und Nutznießung zustehen.

Der Wortführer dieser Ansicht ist Binder.[8]) Er beruft sich auf die Bestimmung des § 25 HGB., also auf die Tatsache, daß das Gesetz den Erwerber eines Handelsgeschäfts grundsätzlich nur im Falle der Fortführung der bisherigen Firma für die Geschäftsverbindlichkeiten haften läßt, und daß ebenso die Geschäftsforderungen nur dann auf den Erwerber übergehen, wenn dieser mit Einwilligung seines Vorgängers die Firma fortführt. Wenn somit ein sicherer Bestandteil des Handelsvermögens nicht zum Handelsgeschäft gehöre, müsse das gleiche auch für andere Geschäftsaktiva wie das Warenlager und die Geschäftseinrichtung gelten.

Daß nun das Handelsvermögen in mehr oder weniger großem Maße nicht zum Geschäft zu gehören braucht, ist zweifellos. Aber einmal berücksichtigt, wie Stegemann[9]) betont, Binder nicht genügend, daß die Geschäftsforderungen und -schulden zu dem Geschäft in einem anderen Verhältnis stehen als das Warenlager, die Geschäftseinrichtung u. dgl., die gerade dem Betrieb zu dienen bestimmt sind und dementsprechend in einer viel näheren Zweckbestimmung mit dem Geschäft stehen. Und selbst wenn man mit dem „etwas sprunghaften" Schluß einverstanden ist, so bietet diese begriffliche Gegenüberstellung, die nach Pisko[10]) bei solchen Unternehmungen, wo keine oder nur geringfügige Sachgüter vorhanden sind, nicht einmal immer möglich ist, doch keine Handhabe für die rechtliche Natur des Unternehmens. Vielmehr könnte die Differenzierung nur ein Beweis dafür sein, daß die Kontinuität des Geschäftsbetriebes nicht zu leiden braucht, wenn bei Geschäftsveräußerung das Handelsvermögen nicht mitübertragen wird,[11])

---

[8]) Rechtsstellung S. 32; vgl. ferner Sohm a. a. O. und Hellwig a. a. O.

[9]) S. 95.

[10]) S. 7; vgl. auch Stegemann S. 15, 33, 93 ff.

[11]) Oft wird zur Fortführung eines Geschäftes erforderlich sein der Erwerb des Vermögenskomplexes, auf dem die Fortsetzung des Betriebes in der bisherigen Art wesentlich beruht. Über diesen „Ausschnitt aus dem Problem der Identität und

und andererseits von Bedeutung sein als Auslegungsregel dafür, ob bei Abschluß eines Veräußerungsvertrages unter dem Ausdruck „Geschäft" der weiteste Sinn, d. h. das Geschäft einschließlich aller Aktiven und Passiven oder nur jene tatsächlichen Beziehungen, die sogen. Chancen, zu verstehen seien.[12]) Aber als ein für alle Fälle maßgebender Legalbegriff des sehr realen wirtschaftlichen Organismus, „in dem des Kaufmanns Leben pulsiert, der ihm Gewinn verschafft durch Verwertung des Handelsvermögens",[13]) kann die „Gelegenheit und Veranstaltung zum Zwecke des kaufmännischen Gewerbebetriebes" im Sinne Binders ebensowenig aufgestellt werden wie die Begriffsbestimmung anderer Schriftsteller, die von der gleichen Basis ausgehen. Somit könnte sich eine praktische Spitze für eine derartige Betrachtung nur dann ergeben, wenn man sich entschließt, diesen engen Begriff des Geschäfts, der in Gegensatz gestellt wird zum Geschäftssubstrat, zu einem Rechtsobjekt zu erheben. Und diesen Schritt hat denn auch Pisko gewagt.

Während noch v. Ohmeyer[14]) unter Betonung der Organisation[15]) als eines wesentlichen Imponderabile zur Erfüllung des mit dem Geschäft verbundenen wirtschaftlichen Zweckes im Hinblick auf die österreichische Exekutionsordnung die im Unternehmen enthaltenen materiellen und immateriellen Grundlagen zu einer

---

Neuheit" vgl. v. Ohmeyer S. 8/9, 24; Pisko S. 67 Anm. 22 a a. E.; Düringer-Hachenburg § 22 Anm. 3, § 25 Anm. 3; Staub § 22 Anm. 6; Goldmann § 22; Makower § 22 d; Wolff bei Gierke Bd. 2 S. 122; Kohler, Warenzeichenrecht 1910 S. 122; Isay S. 73 ff.; vgl. ferner unten S. 58 Anm. 21.

[12]) Für ersteres die herrschende Meinung, so Düringer-Hachenburg § 25 Anm. 7; Staub § 22 Anm. 23; Cosack S. 51; v. Randa S. 93 ff.; Isay S. 148; Kellerhals in Z. f. schweiz. R. 1912 S. 271. And. A. Lehmann-Ring § 25 Nr. 3; Lehmann S. 111, 116; Stegemann S. 19, 34/35.

[13]) Binder a. a. O.

[14]) S. 20 ff.

[15]) Grave, Das kaufmännische Geschäft (Diss. Kiel 1905) spricht von einem Mechanismus. „Nicht ein Organismus steckt in dem Geschäft des Kaufmanns, sondern ein Mechanismus; das Geschäft lebt nicht, sondern es funktioniert" (S. 40, 41). „Das Handelsgeschäft ist ein Komplex von Gütern, aber mehr als eine bloße Summe von Vermögensstücken und weniger als ein Organismus, nämlich eine durch einen zentralen Mechanismus in sich gegliederte und zugleich zusammengehaltene Vermögenseinheit" (S. 58).

universitas iuris zusammenfaßt, an der ein absolutes Recht bestehe, und so jede Begriffsbestimmung ablehnt, die von dem Geschäftssubstrat absieht, beschreitet Pisko den entgegengesetzten Weg. In der von Regelsberger, Binder u. a. angegebenen Richtung hält auch er es für ein nur zufälliges, aber nicht wesentliches Moment, daß in einem Unternehmen Sachgüter verwendet und Rechte ausgeübt werden, und trennt daher völlig das im Unternehmen enthaltene Rechtsgut von seiner Grundlage. Dieses Ergebnis stützt er auf die Möglichkeit einer begrifflichen Unterscheidung zwischen Handelsgeschäft und Handelsvermögen, ferner auf die Erfahrungstatsache, daß Geschäftsforderungen bei einem Unternehmen nicht vorhanden sein müssen, und namentlich darauf, daß bei manchen Unternehmen, wie z. B. Zeitungen und Stellenvermittlungsbureaus, die im Betriebe verwendeten Sachgüter eine nur untergeordnete Bedeutung haben.

So kommt Pisko zu seiner in ihren Einzelheiten scharfsinnig begründeten und durch Beispiele beleuchteten These: „Das Unternehmen im objektiven Sinne bildet eine den Erfolg einer Erwerbstätigkeit sichernde oder fördernde Organisation der Produktionsmittel oder gesicherte Absatzgelegenheit, die der Gewerbetreibende entweder durch eigene Arbeit oder durch Überlassung an einen Dritten zum Zweck der Förderung seiner gleichartigen Erwerbstätigkeit verwerten kann".[16]) Daß das Unternehmen in diesem Sinne zwar weder körperliche noch unkörperliche Sache, aber trotzdem Rechtsobjekt, im Sohmschen Sinne Verfügungsgegenstand und gemäß den rechtspolitischen Motiven bald den Normen des Mobiliar-, bald des Immobiliarrechts unterliege, bemüht sich Pisko in nicht ganz einwandfreier Dialektik nachzuweisen.[17]) Pisko gibt aber dem von ihm ermittelten Unternehmensbegriff noch weiter einen selbständigen, von dem der realen Geschäftsgrundlagen verschiedenen Vermögenswert und zieht daraus Folge-

---

[16]) Unternehmen S. 19. Die Abhandlung von Pisko kann wie die ganze Lehre vom Unternehmen im Rahmen dieser Arbeit nur in kurzen Umrissen gewürdigt werden.

[17]) S. 46 ff.; vgl. dagegen besonders Geller in seinem ZBl. f. jur. Prax. 1908 S. 880 ff. Übrigens steht unabhängig von Pisko auf dem gleichen Standpunkt die Entscheidung d. OLG. Dresden v. 19. 1. 1910 in LZ. 1910 S. 333, 334.

rungen für die Einstellung des Unternehmens als Aktivum in die Bilanz, für die Gebührenbehandlung des Nachlasses, das Pflichtteilsrecht usw.

Auf diesem theoretischen Fundament baut Pisko seine Untersuchungen auf. Wie man sich nun auch zu seiner Auffassung stellen mag, an einem Punkte scheitert vom Standpunkte der deutschen Gesetzgebung zweifellos sein Problem, nämlich daran, wie Pisko das Geschäftssubstrat behandelt. Auf Grund des Rechtssatzes, daß das Zubehör dem rechtlichen Schicksale der Hauptsache folge, will er nämlich das zum Betriebe notwendige Mobiliar, die Waren, Maschinen u. dgl. im technischen Sinne als Zubehör des Unternehmens behandeln.[18]) Da jedoch eine gewisse individuelle Beziehung zwischen Hauptsache und Zubehör erforderlich sei, könne Geld nie und können Wertpapiere höchstens bei Banken als Zubehör angesehen werden. Auch Geschäftsforderungen seien nicht Zubehör; daß sie bei Geschäftsveräußerung trotzdem übergehen, beruhe dann nicht auf dem sachenrechtlichen Zusammenhang, sondern auf der Auslegung des Parteiwillens.[19]) Daß dieser Begriff des Zubehörs zu einem Unternehmen auch der deutschen Gesetzgebung nicht fremd sei, sucht Pisko unter Berufung auf ALR. I, 2 §§ 94, 95 zu beweisen, wo von dem Zubehör einer Apotheke und eines Kramladens gesprochen wird, ferner unter Heranziehung einzelner anderer Gesetzesvorschriften, namentlich des § 4 des preuß. Gesetzes über die Bahneinheiten v. 11. 6. 1902.

Diese Ausdehnung des Zubehörbegriffs kann jedoch nicht als zulässig anerkannt werden. Sie erscheint nicht nur „gekünstelt“ [20]) im Hinblick darauf, daß diese Behandlung des Geschäftsvermögens den wirtschaftlichen Verhältnissen nicht gerecht wird und durchaus nicht alle Unternehmungsgrundlagen nach Piskos eigenem Zugeständnis sich in die Kategorie des Zubehörs einreihen lassen; sie muß auch vom Standpunkt des geltenden deutschen Rechts abgelehnt werden. Denn wenn auch die ältere Gesetzgebung ein Unternehmenszubehör kennt, nach dem § 97 BGB. setzt dieser

[18]) S. 58ff., vgl. dort die ältere Literatur, namentlich Kohler, Zur Lehre von den Pertinenzen, in JheringsJ. Bd. 26 S. 152ff.

[19]) S. 67 in Verb. mit S. 73 Anm. 41; vgl. oben S. 46 Anm. 12.

[20]) So Lehmann, HR. S. 110 Anm. 7.

Begriff immer eine Hauptsache voraus. Und als eine solche wird man gemäß der ausdrücklichen Bestimmung des § 90 nur einen körperlichen Gegenstand, nicht aber das unkörperliche Unternehmen gelten lassen, obwohl dieses nach Pisko „durch seine Organisation, durch seinen begrifflich notwendigen Betrieb in die sichtbare Welt der Erscheinungen tritt".

Der Begriff des Unternehmenszubehörs läßt sich demnach in das System der deutschen Rechtsordnung nicht einfügen.[21])

Müssen wir somit die Zubehörseigenschaft des sogen. Geschäftsvermögens ablehnen, so können wir ebensowenig den von Pisko ermittelten Begriff des Unternehmens als allgemeingültig überall dort zugrunde legen, wo das Gesetz vom Geschäft, Unternehmen oder dgl. spricht. Dieses Fazit seiner eindringenden Untersuchungen kann nicht gebilligt werden.

Pisko sieht, wie dargelegt wurde, das Unternehmen an als „Organisation der Produktionsmittel", die der Geschäftsmann sich geschaffen hat, und als „gesicherte Absatzgelegenheit", die er mit dem in dem Publikum erweckten Bewußtsein von den Vorzügen seines Betriebes gewonnen hat. Zwar ist nicht recht zu verstehen, warum Pisko diese beiden Faktoren, grundsätzlich wenigstens, scheidet[22]) und jede der beiden Erscheinungsformen zu einem selbständigen Gegenstand des Rechtsverkehrs erhebt. Dieser „Dimorphismus"[23]) des Unternehmens müßte, folgerichtig durchgedacht, ermöglichen, daß dasselbe Unternehmen gleichzeitig auf zwei verschiedene Subjekte übertragen werden kann, zumal Pisko[24]) selbst für beide Faktoren besondere Übertragungsformen fordert. Im übrigen dürfte Piskos Definition zu eng erscheinen,[25]) insofern als sie gesicherte Absatzgelegenheit verlangt, obwohl die

---

[21]) So auch Müller a. a. O. S 20 Anm. 4 und in ihren Besprechungen von Piskos Monographie Neumann-Ettenreich in JurBl., Wien 1908, S. 173 ff.; Müller-Erzbach, Der Schutz der Unternehmerarbeit, in ZHR. Bd. 64 S. 530 ff., insbes. S. 536 ff.; dagegen wie Pisko, v. Kramer, Über das Unternehmen im Rechtsverkehr, Diss. Leipzig 1910, S. 22 f.

[22]) Müller-Erzbach a. a. O. S. 540.

[23]) Ausdruck von Geller im ZBl. f. jur. Prax. 1908 S. 883.

[24]) S. 23 ff.

[25]) Neumann-Ettenreich a. a. O.; Wolff bei Gierke Bd. 2 S. 121 Anm. 16; vgl. auch Müller-Erzbach in ZHR. Bd. 71 S. 423.

Wahrscheinlichkeit künftigen Absatzes genügen muß, als sie ferner von Produktionsmitteln spricht, obwohl vielen Betrieben die Produktion im gewöhnlich damit verbundenen Sinne nicht wesentlich ist.[26]) Das Merkmal der Organisation wohnt jedoch jedem Unternehmen inne; allerdings wird selbst die Zulässigkeit dieses „biologischen Begriffes" von Geller[27]) bestritten.

Wenn wir von diesen Kritiken absehen, so kann nur wiederholt werden, daß wir im Einklang mit der herrschenden Ansicht es für unmöglich halten, dem im Unternehmen enthaltenen Rechtsgut durchweg eine selbständige Existenz neben den einzelnen Unternehmensgrundlagen zuzuschreiben. Wir gehen zwar nicht so weit wie Geller,[28]) nach dem „das theoretische Fundament dieses Baues psychologisch unmögliche Vorstellungen sind und jede einzelne der darauf aufgeführten Untersuchungen anmutet wie etwa eine Abhandlung über ein Raumgebilde der 4. Dimension".

Vielmehr glauben wir, daß das, was Pisko in mehr oder weniger zutreffender Formulierung als Unternehmen ansieht, in einem umfassenderen Sinne den Kernbestandteil jedes Unternehmens, die sogen. Chancen kennzeichnet, umfassender deshalb, weil in den Bezeichnungen „Chancen" oder „tatsächliche Beziehungen" das die übrigen Elemente verbindende und belebende Moment der Organisation nicht genügend zum Ausdruck kommt. Ferner sind es sicherlich, worauf wir noch zurückkommen werden, die von Pisko bezeichneten Faktoren, die für den rechtlichen Schutz des Unternehmens in erster Linie in Betracht kommen, sei es, daß man, wie das Reichsgericht an dem „eingerichteten und ausgeübten" Gewerbebetrieb ein absolutes Recht anerkennt, sei es, daß man im Anschluß an Isay dieses Recht als Immaterialgüterrecht auffaßt. Allein das muß festgehalten werden: Diesem dem Leben entnommenen und aus tatsächlichen Verhältnissen abstrahierten Begriff des Unternehmens, den der Gesetzgeber in wechselndem, bald weiterem, bald engerem Sinne verwendet, kann man nicht feste, für alle Gesetze maßgebliche Grenzen stecken. Die entgegengesetzte An-

[26]) vgl. dazu Isay S. 44 Anm. 3.

[27]) a. a. O. S. 883 ff.; vgl. auch Wolff bei Gierke S. 121 Anm. 17 und oben S. 46 Anm. 15.

[28]) S. 882.

schauung verkennt nicht nur, daß der Gesetzgeber sich nicht von einer klar bewußten Auffassung des Begriffes „Geschäft" leiten läßt, sie degradiert das Unternehmen geradezu zu einem Abstraktum. „Ein Unternehmen, beispielsweise eine Eisenhütte oder ein Warenhaus, ist doch nicht bloß eine ‚Organisation' oder eine ‚Absatzgelegenheit' (oder beides); mit derartig farblosen Begriffen wird man dem Wesen dieser gewaltigen wirtschaftlichen Mächte keineswegs gerecht."[29])

Damit ist aber auch, ohne daß wir das zu begründen brauchen, unsere Stellungnahme gekennzeichnet zu dem bereits mehrfach erwähnten Geller, der im Gegensatz zu Pisko auch jüngst noch in wertvollen Untersuchungen an seiner früheren Ansicht festhält. Anklingend an Regelsberger geht Geller in der rein begrifflichen Betrachtung des Unternehmens wohl am weitesten, indem er dessen Wesen nicht in dem Betriebe oder den Erscheinungen erblickt, die als Betrieb zusammengefaßt werden, sondern in der „Erwerbsmöglichkeit, die mit der Umsatzbereitschaft und ihrer Kundbarkeit in dem Publikum, dem sie sich ankündigt, gegeben ist".[30]) Diese Kundbarkeit der Bereitschaft knüpft sich jedoch nach Geller lediglich an den bürgerlichen Namen des Unternehmers, an seine Firma, an Zeitungstitel u. dgl.[31])

§ 9.

Wesen und Umfang des Unternehmens.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, daß wir von vornherein jeden Versuch ablehnen, den dehnungsfähigen Begriff des Unternehmens durch eine scharf abgrenzende Definition einzufangen, wenn wir auch zugeben und weiterhin erörtern werden, daß ein Geschäft unter Umständen lediglich aus den bewußten „tatsäch-

---

[29]) Isay S. 38; v. Ohmeyer S. 9 Anm. 11; Adler in ÖAGZ. 1908 S. 385 ff.; Neumann-Ettenreich in ÖJurBl. 1908 S. 173 ff.; Müller-Erzbach in ZHR. Bd. 64 S. 536; derselbe in ZHR. Bd. 71 S. 423; Kellerhals in Z. f. schweiz. R. 1912 S. 270; and. A. Mitteis in LZ. 1908 S. 202 ff.

[30]) ZBl. f. jur. Prax. 1908 S. 873 ff., 1909 S. 1 ff., insbes. S. 5 ff.

[31]) Ebenso Mitteis in LZ. 1908 S. 202 ff.; dagegen Pisko S. 12 ff.

lichen Beziehungen" bestehen kann. Damit sind wir aber an den Ausgangspunkt unserer Betrachtungen zurückgelangt. Denn da wir den dem Wirtschaftsleben entnommenen Begriff des Unternehmens auch nur in seiner wirtschaftlichen Bedeutung erfassen und abwägen, entziehen wir uns jeder Analyse dieses Begriffs. Zwar liegt bei dieser Anschauung die Gefahr einer Verquickung wirtschaftlicher Gesichtspunkte mit juristischen Begriffen nahe, sie erscheint aber — das kann nicht genug hervorgehoben werden — gerechtfertigt gegenüber einem sich den jeweiligen Anforderungen des Verkehrs elastisch anschmiegenden, wirtschaftlichen Inbegriff.

Obwohl wir uns demnach mit dem sonst üblichen und berechtigten Versuch, den Gegenstand einer Untersuchung begrifflich zu fassen, hier nicht einverstanden erklären können, dürfen wir ohne Einschränkung das Verdienstliche der Forschungen neuerer Schriftsteller anerkennen, die, wie bereits v. Ohmeyer und Pisko, darlegen, daß ein Unternehmen doch mehr enthält als seine bloßen Bestandteile.

Neben Isay,[1]) der das Unternehmen definiert als einen „dem Gelderwerb dienenden Organismus von Produktionsmitteln", ist insbesondere Brugeilles[2]) zu nennen, dessen Auffassung sehr an Pisko erinnert: „L'entrepreneur est investi d'un rôle prépondérant; il conçoit, invente, imagine, organise, combine et met en œuvre", und schließlich seine Definition: „l'entreprise est une combinaison de forces productives naturelles et sociales organisée et dirigée par une ou plusieurs personnes qui en assument d'aléa, dans le but de se procurer des bénéfices ou d'éviter les pertes, formant ainsi un organisme autonome, source de la production et de la répartition".

Mit solchen Definitionen ist ebensoviel wie mit denen von Pisko und Geller gewonnen. Sie können nur insoweit Geltung beanspruchen, als sie nicht, wie bei Pisko, das Fundament für

---

[1]) S. 44; vgl. jedoch seine davon nicht unwesentlich abweichende Definition auf S. 39 u. 41.

[2]) Revue Trimestrielle de Droit Civil 1912 p. 111 ff., insbes. S. 120 u. 129; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig (System des österreichischen allgem. Privatrechts 1913 5. Aufl. S. 120) definieren das Unternehmen als eine „selbständige organisierte Erwerbsgelegenheit".

die Rechtsstellung des Unternehmens überhaupt bilden, sondern lediglich die gewaltige geistige Kraft, die im Unternehmen steckt, und, wie außerdem bei Brugeilles, das Risiko des Unternehmers beleuchten wollen. Eine Handhabe jedoch für Fragen rechtlicher Natur bieten sie nicht und wollen sie auch nicht bieten. Damit gelangen wir, wie bereits zu Beginn dieses Abschnitts, von selbst dahin, diejenigen Faktoren, die ein Unternehmen ausmachen können, aufzuzählen und nach den konkreten Umständen zu beurteilen, welche Bestandteile jeweils in Betracht kommen.

Diese vielleicht naive Betrachtungsweise, deren alleinige Berechtigung wir zu begründen suchten, wird von den meisten Kommentatoren und Lehrbüchern, in allerdings teilweise abweichender Formulierung, vertreten.[3]) Wir geben in kurzen Umrissen die scharf pointierten Ausführungen von Lehmann[4]) wieder, ohne allerdings wie Lehmann die an einer anderen Stelle[5]) bereits erwähnte Frage nach der Zugehörigkeit der Passiva zum Handelsvermögen zu entscheiden. Aktive Bestandteile eines Unternehmens können nach Lehmann sein:

1. sämtliche körperlichen Gegenstände, namentlich das bare Geld, das Warenlager, die Geschäftsutensilien;

2. die im konkreten Geschäftsbetrieb erworbenen Forderungen und sonstigen Rechte, z. B. Firmenrechte, Nießbrauchsrechte, Pfandrechte, Patentrechte, Rechte auf Warenzeichen u. dgl.;

3. tatsächliche Beziehungen von Vermögenswert. Was unter diese unsichtbaren Werte fällt, die im Gegensatz zum Warenlager, den Forderungen u. dgl. mit dem Aufhören des Unternehmens absolut vernichtet sind, ist zwar bereits besprochen worden,[6]) doch seien des Zusammenhangs wegen auch Lehmanns Ausführungen

---

[3]) So Staub § 22 Anm. 4; Düringer-Hachenburg § 25 Anm. 2, 3; Brand § 22 IIc; Makower § 22 d; Lehmann S. 109 ff.; Cosack S. 50; Gareis S. 69 ff.; v. Randa S. 93 ff.

[4]) Lehmann S. 109 ff.; vgl. bereits früher Behrend, Lehrb. d. HR. S. 202 und Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspfl. in Preußen Bd. 4 S. 429 ff.; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 89; jetzt wie Lehmann-Stegemann S. 35 ff. und (besonders ausführlich) Müller S. 16 ff.

[5]) vgl. oben S. 42 Anm. 2.

[6]) vgl. oben S. 43.

darüber angegeben: „Dahin gehören etwaige Geschäftsgeheimnisse und die sogen. Chancen des Geschäfts, d. h. die durch die Lage der Handelsniederlassung, das Alter und den Ruf des Betriebes angelockte und voraussichtlich treubleibende Kundschaft, ja sogar bloße Aussichten, die zukünftige Ereignisse bringen können".

Diese Chancen fallen nun weder unter den Begriff der Sachen noch unter den der Rechte. Daher hat Binder trotz der Vorschriften der §§ 22, 27 HGB. bestritten, daß die Chancen überhaupt als Vermögensbestandteile angesehen werden können.[7]) Ihm folgend sagt neuerdings auch v. Tuhr,[8]) daß die Kundschaft zwar eine wertvolle wirtschaftliche Tatsache, aber kein Recht sei und daher keinen Platz im Katalog der Vermögensbestandteile habe.

Zum Vermögen zählen eben nach dieser Auffassung juristisch nur Rechte. Auf den sehr ungeklärten, insbesondere seit den eindringenden Untersuchungen von Sohm[9]) sehr bestrittenen Vermögensbegriff kann nun allerdings im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Daß aber die Vermögenszugehörigkeit der Chancen, obwohl sie nicht Gegenstand eines subjektiven Rechts sind, vom Gesetzgeber vorausgesetzt wird, sollen die folgenden Ausführungen zeigen.

Schon Binder, der darauf abzielt, im besonderen die Zugehörigkeit der Chancen zum Nachlaß zu verneinen, hat vielfach Widerspruch gefunden. Teils[10]) wird demgegenüber die Ansicht vertreten, daß man dem Wesen der Gesamtnachfolge des Erben

---

[7]) Rechtsstellung Bd. 1 S. 32; dagegen Lehmann S. 110; Strohal, Erbrecht Bd. 1 S. 22; Stegemann S. 96. Auf den Widerspruch Binders (S. 34), daß das Handelsgeschäft „Verkehrsgegenstand" sei, aber doch nicht zum Nachlaß gehöre, machen aufmerksam Sohm im ArchBürgR. Bd. 28 S. 182 Anm. 6 a. E. und Pisko, Unternehmen S. 15 Anm. 31, S. 92 Anm. 1.

[8]) S. 319; ebenso Enneccerus Bd. 1 § 124 I, 1.

[9]) Der Gegenstand S. 1 ff., Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung, im ArchBürgR. Bd. 28 S. 173 ff.; noch einmal Der Gegenstand, in JheringsJ. Bd. 53 S. 373 ff.; dagegen Binder in ZHR. Bd. 59 S. 1 ff.; derselbe im ArchBürgR. Bd. 34 S. 209 ff.; v. Tuhr S. 313 ff.; Lehmann S. 532 Anm. 7; Enneccerus § 114 Anm. 2.

[10]) Strohal S. 22 Anm. 38; vgl. auch Crome, Erbrecht 1912 § 639 Anm. 68; Leonhard, Erbrecht 2. Aufl. § 1922; v. Staudinger-Herzfelder § 1922 Bem. 2c α.

nicht gerecht werde, wenn man in ihr lediglich eine Nachfolge in die Rechte des Erblassers erblicke; diese Nachfolge müsse vielmehr auch vorliegen für die wenn auch nicht vollkommen — nämlich in den §§ 14 ff. des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb — rechtlich geschützte Position, die mit dem „Geschäft" gegeben sei, teils[11]) operiert man mit dem von Kohler in die Systematik des bürgerlichen Rechts eingeführten Begriff der „Rechtslage"[12]) und glaubt, daß das Geschäft, obwohl an ihm ein subjektives Recht nicht möglich sei, in diesem Sinne zum Nachlaß gehöre als eine „Beziehung des Rechtssubjekts zu den Lebensgütern im allgemeinen oder im besonderen, welche von Bedeutung sein kann für die Entstehung oder Entwicklung subjektiver Rechte". Man mag nun diese Konstruktionsversuche beurteilen wie man will; sie haben jedenfalls den Vorzug, nicht zu verkennen, daß die Chancen in Wirklichkeit den wichtigsten Bestandteil des Geschäftes bilden, der für den Kredit eines Kaufmanns ein maßgebender Faktor ist und bei Geschäftsveräußerung oder Geschäftsverpachtung es verstehen läßt, daß der Preis den Wert der einzelnen Geschäftsbestandteile, der vorhandenen Aktiven oft weit übersteigt. Wird ein Geschäft veräußert, wobei die Chancen dem Veräußerer vorbehalten werden, so liegt lediglich Veräußerung des Warenlagers, Zession der Forderungen usw. vor; das Geschäft selbst dagegen geht ebensowenig auf den Erwerber über wie die Firma. Der unter Umständen auch in der Bilanz[13]) hervortretende Wert und die rechtliche Qualifikation der Chancen liegt daher ausschließlich auf „vermögensrechtlichem" Gebiet, was namentlich von Isay[14]) zur Konstruktion seines „Rechts am Unternehmen" gezeigt worden ist.

---

[11]) Dernburg-Engelmann, Erbrecht § 124 III.

[12]) Kohler, Bürgerl. R. Bd. 1 § 49. Gegen den Begriff der Rechtslage spricht sich sehr energisch aus Enneccerus § 75 Anm. 3.

[13]) vgl. dazu Pisko S. 79 ff.; Isay S. 169 (wo die Literatur angegeben ist); Müller-Erzbach in ZHR. Bd. 64 S. 540 ff.

[14]) Das Reichsgericht hat in einer Reihe wichtiger Entscheidungen die Auffassung vertreten, daß an dem Unternehmen oder, wie das Reichsgericht sagt, an dem „eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" ein absolutes Recht bestehe, das gegen Verletzung dritter Personen analog §§ 12, 862, 1004 BGB. durch den Unterlassungsanspruch, bei schuldhafter Störung durch einen Schadensersatzanspruch

Aber auch positive Gesetzesvorschriften rechtfertigen die Annahme der Vermögenszugehörigkeit der Chancen. Zwar läßt sich

---

gemäß § 823 Abs. 1 geschützt werde (vgl. die sorgfältige Registrierung aller einschlägigen Entscheidungen bei Isay S. 35 Anm. 1; dazu noch RG. Bd. 77 S. 218). Geleugnet wird die Existenz dieses Rechts nur von wenigen Schriftstellern, neuerdings auch sehr scharf von v. Tuhr S. 155 ff. (vgl. die zahlreichen Zitate bei Isay S. 36 ff.).

Isay hat sich nun in seiner anregenden und gedankenreichen Schrift die Aufgabe gestellt, das Wesen dieses absoluten Rechts am Unternehmen systematisch zu erforschen. Daß überhaupt ein Recht am Unternehmen vorhanden sei, schließt er daraus, daß die gesetzlichen Bestimmungen stets das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit voraussetzen, und aus der Vorschrift des § 14 UnlWG., die die Verbreitung unwahrer, den Betrieb des Unternehmens schädigender Behauptungen untersagt und damit in einer speziellen Richtung das Unternehmen als Rechtsschutzobjekt anerkennt. Daraus nun, daß im Unternehmen eine organisatorische Idee, ein über den Wert der einzelnen Unternehmensbestandteile hinausgehendes Immaterialgut enthalten ist, folgert Isay, daß diese Unternehmensbestandteile selbst nicht Gegenstand des Rechts am Unternehmen seien, sondern in ihnen sich nur das Immaterialgut verkörpere, an dem das Recht bestehe Damit stempelt Isay das Recht am Unternehmen zu einem Immaterialgüterrecht, das dem Urheber- und Markenrecht verwandt sei. Ebenso Enneccerus Bd. 1, 2 S. 627 Anm. 7; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig Bd. 1 S. 120; Isay, PatG. 2. Aufl. 1911 S. 216 (Anhang zu § 4); wohl auch Wolff, Sachenrecht 1913 §§ 79 II, 1, 97 I; dagegen haben Isay abgelehnt: Till in ÖAGZ. 1911 Nr. 31, 32; Pisko bei Grünhut Bd. 38 S. 742 ff.; Müller-Erzbach in ZHR. Bd. 71 S. 420 ff.; Oertmann, JurLitBl. 1911 Nr. 83; Lehmann, HR. S. 176, 178; Jacobsohn, Die Unterlassungsklage, Berliner Diss. 1912, S. 161 ff.; vgl. auch Lehmann in ZHR. Bd. 69 S. 571.

An diesem Immaterialgut scheidet Isay „in direkt sinnwidriger Zergliederung" (Müller-Erzbach a. a. O. S. 426) Organisation, Geschäftserfahrung und Kundschaft, die jedoch nicht drei getrennte Rechtsgüter, sondern lediglich verschiedene Seiten desselben Rechts seien. Gegenstand des Immaterialgüterrechts sind demnach die im Text besprochenen sogen. Chancen. Somit stimmt trotz Isays scharfer Polemik im Ergebnis Piskos Definition mit der Definition dessen überein, was Isay als Gegenstand des Rechts am Unternehmen ansieht. Eben weil Isay de lege lata ein Recht am Unternehmensganzen ablehnen muß, kommt er in mühseliger Konstruktion dahin, die von ihm so oft betonte Einheit des Unternehmens zu zerreißen und die Unternehmensbestandteile ganz im Sinne Piskos als „quantité négligeable" ungeschützt zu lassen.

Von dem, was Isay weiterhin über die Behandlung des Rechts am Unternehmen im Rechtsverkehr sagt, sei, da näher darauf einzugehen hier nicht unsere Aufgabe sein kann, nur folgendes bemerkt: Isay (S. 77 f., namentlich S. 82) sieht das Recht am Unternehmen als besitzartiges Recht an und spricht als die wichtigste Konsequenz dieser Auffassung den Satz aus, daß beschränkte Rechte am fremden

nicht, wie Wolff[15]) offenbar will, aus § 252 BGB. die Vermögenszugehörigkeit der Chancen ableiten; denn wie v. Tuhr[16]) mit Recht datut, kann man daraus, daß das Gesetz eine Ersatzpflicht für Vermögensschaden anordnet, nicht schließen, daß das verletzte Objekt ein Bestandteil des Vermögens im juristischen Sinne des Wortes ist.

Aber einmal zeigt ein Vergleich des § 1 KO. mit den §§ 117, 129, 130 KO., daß das Geschäft im Sinne des Konkursrechts im Vermögen des Konkursschuldners enthalten ist, und schlechthin ausschlaggebend ist der von Binder, v. Tuhr u. a. nicht berücksichtigte § 1655, der den Fall erwähnt, daß zu dem der väterlichen Nutznießung unterliegenden Kindesvermögen ein Erwerbsgeschäft gehört.[16a]) Daß in dieser Vorschrift das Geschäft als wirtschaftliches Ganzes als zum Vermögen zugehörig angesehen wird, geht mit Gewißheit daraus hervor, daß dem Vater nicht an den einzelnen Unternehmensbestandteilen die Nutznießung zusteht, sondern ihm der Reinertrag zufällt, den das Unternehmen im ganzen abwirft. Da aber in diesem die Chancen mitinbegriffen sind, ist deren Zugehörigkeit zum Vermögen vom Gesetz vorausgesetzt.

Somit kommen wir nach alledem im Anschluß an Lehmann[17]) zu dem Ergebnis, daß die in einem Geschäft enthaltenen tatsächlichen Beziehungen, obwohl sie nicht Gegenstand eines subjektiven Rechts sind,[17a]) vom Vermögen im Sinne des

---

Unternehmen nicht möglich seien. Die Richtigkeit jenes Satzes vorausgesetzt (vgl. dagegen Pisko bei Grünhut a. a. O. S. 746) und auf das Thema unserer Arbeit angewandt, würde er lediglich besagen, daß nur die Möglichkeit besteht: entweder ist der Ehemann oder ist die Ehefrau Inhaber des Unternehmens, eine Nutznießung des Mannes am Unternehmen der Frau gibt es nicht. Dieser Satz gibt aber keine Antwort auf die Frage unseres Themas, ob der Mann auf Grund seiner güterrechtlichen Befugnisse in der Lage ist, das Unternehmen an sich zu ziehen und im eigenen Namen fortzuführen.

[15]) Bei Gierke Bd. 2 S. 120 Anm. 15.

[16]) S. 320.

[16a]) vgl. oben S. 34/35.

[17]) HR. S. 110 Anm. 8.

[17a]) Anders natürlich Isay und seine Anhänger.

Bürgerlichen Gesetzbuchs mitumfaßt werden,[18]) eine Erkenntnis, die im Verlauf unserer Darstellung für die Ehefrau als Inhaberin eines geschäftlichen Unternehmens im Güterstande der Verwaltung und Nutznießung außerordentlich praktische Folgen zeitigen wird.

Die Chancen bilden, wie gezeigt wurde, den eigentlichen Kernbestandteil jedes Unternehmens. „Der Erwerb eines Geschäfts ohne die dazu gehörigen körperlichen Gegenstände und Rechte ist denkbar, der ohne die Chancen undenkbar."[19]) Diese Tatsache hat Pisko dazu benutzt, aus den Chancen einen allgemeingültigen Begriff des Unternehmens herauszuarbeiten und diesem die Eigenschaft eines Rechtsobjekts zuzuerkennen. Wir sind ihm nicht gefolgt, aber nach dem Vorstehenden halten wir, ohne daß dadurch die Geschäftskonstanz verletzt würde, die vertraglich geregelte Veräußerung eines Geschäfts in diesem engsten Sinne für möglich; wobei dahingestellt sein mag, ob auch im Zweifel bei Geschäftsveräußerung nur der engste Bestandteil gemeint sei.[20]) Allerdings wird oft zur Wahrung der Kontinuität die Übertragung gewisser Unternehmensbestandteile erforderlich sein, eine Frage, die nach Wolff[21]) „nicht durch abstrakte Formulierung, sondern allein durch eine an der Beobachtung zahlreicher Lebenserscheinungen geschulte Erfahrung gemeistert werden kann", und darüber hinaus wird vereinzelt[22]) geradezu gelehrt, daß bei denjenigen, namentlich

---

[18]) vgl. jedoch für das Strafrecht Frank 8.—10. Aufl. § 263 Anm. V, 3a. Dieses Ergebnis läßt naturgemäß auch Binders, §§ 22, 27 HGB., entgegenstehende Auffassung als sehr anfechtbar erscheinen, vgl. oben S. 54.

[19]) Lehmann S. 110; vgl. ferner z. B. Düringer-Hachenburg § 25 Anm. 3.

[20]) So gegen die herrschende Meinung namentlich Lehmann S. 111, 116; vgl. oben S. 46 Anm. 12.

[21]) Bei Gierke Bd. 2 S. 122; vgl. oben S. 46 Anm. 11.

[22]) Pollak, Die Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen S. 11; v. Ohmeyer S. 9; Isay S. 39. Die Beantwortung dieses Punktes ist übrigens für unser Thema, d. h. für das güterrechtliche Verhältnis zwischen Mann und Frau ohne Bedeutung, weil die wenigen realen Grundlagen, die in den sogen. freien Berufen vorhanden sein werden, regelmäßig nach § 1366 BGB. und der Verdienst der Frau als Erwerb aus „Arbeit" nach § 1367 ins Vorbehaltsgut fallen werden; vgl. dazu oben S. 5 und S. 43 Anm. 2a.

freien Berufen, die einer materiellen Grundlage nicht oder nur nebenbei bedürfen, ein Unternehmen überhaupt nicht vorhanden sei, sondern lediglich die persönliche Gewerbstätigkeit übrigbleibe.

Wir fassen das bisher Gesagte zusammen. Der „schillernde“[23]) Begriff des Unternehmens schwankt zwischen zwei Extremen, nämlich der engsten Bedeutung, den „tatsächlichen Beziehungen“, bis zur weitesten, die alle mit dem Betrieb in Zusammenhang stehenden Elemente von Vermögenswert umfaßt. Eine Geschäftsveräußerung kann demnach auch dann vorliegen, wenn nur die tatsächlichen Beziehungen auf den Erwerber übergegangen sind; allerdings wird regelmäßig ohne jede Vermögensgrundlage die Existenz eines Unternehmens auf die Dauer unmöglich sein. Aber einerseits stellen diese tatsächlichen Beziehungen kein Rechtsobjekt dar, und dann „darf man, wenn es sich um die Wesensbestimmung des Unternehmens handelt, nicht von jenem unvollständigen Zustande ausgehen sondern hat das normale, im Gang befindliche Unternehmen zugrunde zu legen“.[24])

Mit dieser Auffassung stellen wir uns in Gegensatz zu Wolff, dessen für den § 1367 aufgestelltes Problem die unbedingte Anerkennung des von Pisko ermittelten engen Begriffs des Unternehmens und seiner Eigenschaft als Rechtsobjekt voraussetzt.[25]) Allerdings kann auch Wolff für die deutsche Gesetzgebung sich Pisko in der wenigstens teilweisen Gruppierung des materiellen Geschäftssubstrats unter das Zubehör im technischen Sinne offenbar nicht anschließen, und seine Regelsberger, Binder u. a. entlehnte Scheidung von Geschäft und Geschäftsvermögen führt zu einem praktisch nicht befriedigenden Ergebnis. Zwar ist dieses Ergebnis ein zunächst grundlegendes. Denn da Wolff das Unternehmen als selbständiges immaterielles Rechtsgut, das Geschäftsvermögen dagegen als Rechtsinbegriff

---

[23]) Ausdruck von Lehmann bei Lehmann-Ring § 25 Nr. 2.

[24]) Isay S. 40.

[25]) Wolff a. a. O. S. 120 Anm. 15 ist übrigens — von seinem Standpunkt aus — das Versehen unterlaufen, die Chancen, die Pisko in der zweiten Alternative „gesicherte Absatzgelegenheit“ als das Unternehmen selbst ansieht, in das Handelsvermögen, also die Unternehmensbestandteile einzureihen; allerdings sind sie auch nach Wolff vom Unternehmen untrennbar.

ansieht, statuiert er, allerdings ohne Angabe von Gründen, an dem Unternehmen im Sinne Piskos ein absolutes Recht,[26]) dessen Verletzung die Folgen des § 823 BGB. zeitige, während er naturgemäß dem Geschäftsvermögen den Rechtsschutz versagt. Insofern befindet sich Wolff in Übereinstimmung mit einer konstanten Praxis des Reichsgerichts, dagegen sind die sonstigen Folgerungen, die er aus Piskos Untersuchungen für das deutsche Recht zieht, der Auffassung des Reichsgerichts entgegengesetzt. Dieses steht nämlich auf dem Standpunkt, daß ein Unternehmen ebensowenig Gegenstand eines Pfandrechts, da es weder Sache noch Recht im Sinne der §§ 1204, 1273 BGB. sei, wie Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein könne, da § 857 ZPO. sich nur auf Vermögensrechte beziehe und an dem Unternehmen als Komplex von Sachen, Rechten und tatsächlichen Beziehungen kein einheitliches subjektives Recht bestehe.[27]) Wolff findet nun in diesen Entscheidungen eine Verwechslung von Geschäft und Geschäftsvermögen und gelangt folgerichtig dahin, das Unternehmen in der von Pisko umgrenzten Bedeutung für verpfändbar und pfändbar zu erklären.[28])

Welchen Zweck hat aber eine Pfandbestellung, selbst wenn man im Sinne Piskos im Unternehmen einen Gegenstand sieht, der an sich geeignet ist, zur Befriedigung der Gläubiger verwendet zu werden? Auch wenn man in analoger Anwendung der §§ 1205, 1274 BGB. dem Pfandgläubiger die Möglichkeit gewähren würde, das Unternehmen selbst zu betreiben, so wäre praktisch damit noch nichts gewonnen. Denn in Wirklichkeit läßt sich nur eine solche Pfandbestellung eines Unternehmens denken, die dem Pfandgläubiger entsprechend der Vorschrift des § 1213 BGB. ein Nutzungsrecht an dem Geschäftsvermögen gewährt. Da aber Wolff Piskos Einreihung des Geschäfts-

---

[26]) vgl. neuerdings dazu Lehrb. d. Sachenrechts 1913 §§ 79 II, 1, 97 I, wo Wolff, wie Isay, dieses Recht als Immaterialgüterrecht anspricht; s. oben S. 44 Anm. 7, S. 56 Anm. 14.

[27]) RG. Bd. 68 S. 51, Bd. 70 S. 228; ebenso Planck 4. Aufl. 1913 Bd. 1 § 90 Bem. 3 c γ.

[28]) Zu demselben Ergebnis gelangen OLG. Dresden v. 19. 1. 1910 in LZ. 1910 S. 333/34; Markus in DJZ. 1910 S. 1458 ff.

vermögens unter das Zubehör (im Rechtssinne) nicht ausdrücklich akzeptiert, so fallen auch die aus einer solchen Auffassung für den vorliegenden Fall resultierenden praktischen Folgen fort.

Die gleichen Gründe sind gegen Wolff hinsichtlich der Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung in das Unternehmen geltend zu machen. Denn selbst wenn man das, was nach Pisko und Wolff Gegenstand des Rechts am Unternehmen ist, als Vermögensrecht im Sinne des § 857 ZPO. ansieht, so liegt doch noch immer kein Exekutionsobjekt vor, an dem durch die im § 857 erwähnten Maßnahmen Verstrickungswirkungen entstehen könnten. Ohne den Besitz wenigstens eines Teils des Geschäftssubstrats ist aber die Pfändung eines Unternehmens im Sinne von Pisko und Wolff in den meisten Fällen ein Phantom.[29])

Somit ergibt sich, daß in beiden Fällen Wolff im Interesse des Verkehrs eine Notkonstruktion versucht, die der glücklichen Regelung des an anderer Stelle erwähnten französischen Gesetzes von 1909 naturgemäß nachstehen muß.

In den vorstehenden Ausführungen sind wir jetzt, wo wir am Schluß unserer Betrachtungen über das Unternehmen stehen, von den zu Beginn dieses Abschnitts uns gesteckten Grenzen lediglich deshalb abgewichen, um die von uns nicht gebilligte Wolffsche Auffassung, die ja für seine Behandlung des Themas dieser Arbeit die Basis bildet, in ihren praktischen Konsequenzen zu beleuchten. Die folgenden Erörterungen sollen nun zeigen, daß wir, obwohl wir uns nicht direkt auf Wolffs Grundansicht über den Begriff des Unternehmens stützen, nichtsdestoweniger in der Frage, welche güterrechtlichen Befugnisse der Mann am Unternehmen seiner Frau im Güterstand der Verwaltung und Nutznießung hat, Wolffs Deduktionen uns dienstbar machen zu können glauben.

---

[29]) Isay S. 81 Anm. 1; vgl. Pisko bei Grünhut Bd. 38 S. 747 ff.; ebenso Pisko, Das Unternehmen S. 146 ff.

Dritter Teil.

Wolffs Problem.

§ 10.

Seine Begründung und Würdigung.

Wie am Ende des 1. Abschnitts dargelegt wurde, gründet Wolff die Vorbehaltsgutseigenschaft des von der Ehefrau selbständig betriebenen Unternehmens in der von Pisko gezeichneten Bedeutung als selbständiges Rechtsgut auf die Vorschrift des § 1367 und auf den Satz, daß Verwaltung und Nutznießung im ordentlichen, gesetzlichen Güterstand untrennbar seien. Aber auch die Betriebsmittel selbst, die auch nach Wolff an sich zum eingebrachten Gut gehören, will er unabhängig von dem gemäß § 1405 BGB. freien Widerrufsrecht des Ehemannes der alleinigen Verfügungsmacht der Frau zuführen und stempelt sie daher unter Berufung auf die dritte Alternative der dreigespaltenen Surrogationsformel des § 1370 zu Vorbehaltsgut.

Bevor wir nun die Berechtigung dieser insoweit auf rein güterrechtlicher Basis beruhenden Argumentation nachprüfen, soll im Hinblick auf die am Schluß des vorhergehenden Abschnitts gemachte Bemerkung gezeigt werden, daß es trotz unserer grundsätzlichen Ablehnung des von Wolff vorausgesetzten Unternehmensbegriffes sehr wohl möglich ist, Wolffs Konstruktion uns zu eigen zu machen.

Es kommt im Geschäftsleben nicht selten vor, daß der Inhaber eines Unternehmens nur Schulden auf sein Konto zu setzen hat. Der Laden oder das Fabrikgebäude sind gemietet, das Warenlager oder die Rohstoffe durch constitutum possessorium einem Gläubiger zur Sicherung übereignet, an den Maschinen oder dem

Werkzeug hat sich der Lieferant das Eigentum vorbehalten und — eine besonders aktuelle Form — die Buchforderungen sind zur Erlangung von Bankkredit diskontiert. Die rechtliche Zuständigkeit des Unternehmens, das „Eigentum" daran kann demnach gänzlich verschieden sein von dem Eigentum an den einzelnen Unternehmensbestandteilen. Hält man sich diesen Satz vor Augen und berücksichtigt man andererseits, daß die an anderer Stelle[1]) zitierten Gesetze das Unternehmen regelmäßig als wirtschaftliche Einheit behandeln, was z. B. für das Familiengüterrecht aus § 1405 hervorgeht, wonach der Ehemann unbestritten nicht etwa einzelne betriebszugehörige Rechtsgeschäfte oder Prozesse verbieten, sondern nur die Zustimmung zum Geschäftsbetrieb im ganzen widerrufen oder dagegen Einspruch erheben kann, so lassen sich daraus für uns wichtige Schlüsse ziehen: Wenn nämlich ein Dritter Eigentümer der in einem fremden Unternehmen steckenden Sachgüter sein kann, so kann erst recht dagegen nichts einzuwenden sein, daß Unternehmen und Substrat zu verschiedenen Vermögensmassen ein und derselben Person gehören. Das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit kann demnach der Frau zu Vorbehaltsgut gehören, während die Unternehmensbestandteile, soweit sie nicht entsprechend der Regel des § 1367 im Geschäftsbetrieb erworben und damit Vorbehaltsgut geworden sind, eingebrachtes Gut bleiben.

Damit tritt die praktische Spitze der begrifflichen Betrachtungen hervor, die wir im vorigen Abschnitt angestellt haben. Denn dort wurde, insbesondere unter Bezugnahme auf § 1655, im Anschluß an Lehmann gezeigt,[2]) daß der untrennbare Bestandteil jedes Unternehmens, die tatsächlichen Beziehungen, das „Geschäft" im engsten Sinne, vom Gesetzgeber als zugehörig zum Vermögen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches betrachtet wird. Sind also Wolffs sonstige Prämissen für sein Problem des § 1367 richtig, so gehört, ohne daß man wie Wolff von Piskos Auffassung auszugehen braucht, zweifellos das Unternehmen als ein zur Erfüllung des wirtschaftlichen Zweckes zusammengefügtes organisches Ganze stets zum Vorbehaltsgut der Frau, während das Geschäftssubstrat eingebrachtes oder Vorbehaltsgut sein kann.

[1]) s. oben S. 41 Anm. 3.

[2]) vgl. oben S. 57.

Daraus wäre zu folgern, daß auch von unserm Standpunkt aus der Ehemann, der gemäß § 1376 BGB. dem Unternehmen seiner Frau das Warenlager entzieht, nur ein neues Erwerbsgeschäft unter neuer Firma begründen und seine Frau nicht hindern kann, ihr ja trotz der Herausnahme des Warenlagers nicht untergegangenes Geschäft, in dem übrigens schon nach kurzer Zeit gemäß der im § 1367 statuierten Rechtsfolge eine gewisse Warenmasse zum Vorbehaltsgut gehören dürfte, fortzuführen, falls ihr weitere dem Zugriff des Mannes entzogene Mittel zur Verfügung stehen.

Somit sind wir dahin gelangt, unter der Voraussetzung, daß Wolffs dem Familiengüterrecht entlehnten Argumente zutreffen, das von der Ehefrau im Sinne des § 1367 selbständig betriebene Unternehmen unabhängig von seinen Bestandteilen ihrem Vorbehaltsgut zuzuführen.

Wolff geht von der Voraussetzung aus, daß § 1367 die Nutznießung am Unternehmen der Frau vorbehalte. Diese Auffassung ist richtig; denn unter Erwerb im Sinne des § 1367 ist, wie zu Beginn des ersten Abschnittes gezeigt wurde, alles zu verstehen, was in ursächlichem Zusammenhang mit dem Unternehmen an Geldern, Waren, Forderungen erworben wird, zu mindest also auch der Reinertrag, den das Unternehmen abwirft. Daß aber dieser Reinertrag als Nutzung des Unternehmens zu qualifizieren ist, zeigt das Beispiel des in dieser Arbeit schon häufiger angeführten § 1655, der „den sich aus dem Betrieb ergebenden jährlichen Reingewinn" unter das väterliche Nutznießungsrecht fallen läßt.

Daß allerdings, sofern die Voraussetzungen des § 1405 Abs. 1 oder 2 nicht vorliegen und damit die Ehefrau nicht in der Lage ist, auch nur über ein Stück des eingebrachten Guts eigenmächtig zu verfügen, von einem Geschäftsumsatz und demnach auch von einem Erwerb gemäß § 1367 nicht die Rede sein wird, ist nicht zu bestreiten. Aber diese Tatsache ändert nichts daran, daß § 1367 schlechthin die Nutznießung an dem von der Ehefrau selbständig betriebenen Unternehmen ihr zuerkennt.

Dieses Ergebnis ist von außerordentlicher Wichtigkeit. Denn in Verbindung mit dem in der Literatur fast unbestrittenen

von Dernburg[3]) und v. Baligand[4]) überzeugend begründeten Satze, daß im ordentlichen gesetzlichen Güterstande Verwaltung und Nutznießung nur zwei verschiedene Seiten eines einheitlichen Rechts sind, kommen wir dahin, das von der Ehefrau selbständig betriebene Unternehmen unabhängig von seinen Grundlagen in ihr Vorbehaltsgut fallen zu lassen, da ja, wie gegenüber Thiele[5]) nachgewiesen wurde, bei Fehlen der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung an einer Vermögensmasse die Eingruppierung dieser Vermögensmasse in das Vorbehaltsgut der Frau gerechtfertigt ist.

Der in den vorstehenden Ausführungen aus güterrechtlichen Prinzipien zugunsten der Ehefrau gezogene Schluß ist nun zweifellos von Bedeutung für solche Unternehmen, die keine oder doch nur geringfügige Sachgüter enthalten, dagegen von problematischem Wert, sofern das Unternehmen erst kurze Zeit besteht und das Substrat größtenteils noch zum eingebrachten Gut gehört. Denn trotz der Annahme, daß das Unternehmen als wirtschaftliche Struktur Vorbehaltsgutscharakter habe, gehen auch nach Wolff die Rechte des Mannes am Warenlager, soweit es zum eingebrachten Gut gehört, nicht unter. Zwar fällt, solange im Unternehmen ein zum eingebrachten Gut gehörender Teil des Warenlagers steckt und die Erfordernisse des § 1405 vorliegen, nach Maßgabe des § 1367 alles, was aus dem Unternehmen erwächst, ins Vorbehaltsgut der Frau. Macht aber der Mann seine Rechte an dem Warenlager, soweit es zum eingebrachten Gut gehört, gemäß § 1376 Ziff. 1 geltend, so scheidet dieses aus dem Unternehmen aus und ermöglicht dem Mann, selbständig die Nutzungen zu ziehen.

In dem Bewußtsein, daß das bisherige Ergebnis bei Unternehmungen mit erheblicher realer Grundlage die Frau demnach noch nicht genügend schütze, vielmehr den Bestand des Unter-

---

[3]) Familienrecht § 41 Abs. 1.

[4]) Der Ehevertrag S. 65 ff. (Literaturangabe); ebenso außer Wolff § 47 Abs. 1; Engelmann Vorbem. vor § 1418 Bem. 2d; Bollenbeck in DNotZ. 1911 S 774; vgl. auch die sprachtechnische Begründung von Heinsheimer, Das Recht des Mannes am Vermögen der Frau S. 88 Anm. 89.

[5]) s. oben S. 28/29.

nehmens geradezu gefährde, sofern der Mann die ihm zustehenden Rechte ausübt und der Frau zum Ankauf neuer Waren eigene Mittel oder Kredit fehlen, versucht Wolff, wie bereits im § 6 dieser Arbeit angedeutet worden ist, im Interesse der Frau eine Konstruktion aus der dritten Alternative des § 1370 BGB., wonach Vorbehaltsgut ist, „was die Frau durch ein Rechtsgeschäft erwirbt, das sich auf das Vorbehaltsgut bezieht".

Wenn der Ehemann seiner Frau eingebrachtes Gut ausdrücklich oder stillschweigend für das von ihr selbständig betriebene Unternehmen überlasse, so qualifiziere sich, da ja das Unternehmen zum Vorbehaltsgut gehört, der Erwerb dieser Sachen als ein auf Vorbehaltsgut bezügliches Geschäft im Sinne des § 1370 Teilsatz 3. Die Zustimmung des Ehemannes zur Verwendung von dem eingebrachten Gut angehörenden Kapitalien oder Waren im Dienste des Unternehmens stelle somit nicht die Zustimmung des § 1405 dar, sondern stemple gemäß § 1370 diese Gegenstände endgültig zu Vorbehaltsgut, auch wenn der Ehemann später sein ihm nach Maßgabe des § 1405 zustehendes Widerrufsrecht ausübe. Daß die Ehefrau über jene Gegenstände frei verfügen, Verpflichtungen mit Wirkung gegen sie eingehen und über sie Prozesse führen könne, habe lediglich in ihrer Vorbehaltsguteigenschaft, nicht aber im § 1405 seinen Grund. Daneben greife allerdings § 1405 Platz, wenn der Ehemann zum Geschäftsbetrieb selbst seine Zustimmung gebe, so daß nunmehr die eben genannten Rechtsfolgen nicht nur für das im Erwerbsgeschäft arbeitende Vermögen, sondern für das gesamte eingebrachte Gut der Ehefrau eintreten.

Wolffs Argumente für die Heranziehung des § 1370 Teilsatz 3 sind zunächst zweifellos nicht von der Hand zu weisen. Dient doch diese Alternative, wie schon die Motive[6]) hervorheben, gerade dazu, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung und Erhaltung des Vorbehaltsguts unentbehrlichen Mittel der Ehefrau zu sichern. Und auch das besondere Erfordernis des § 1370 Teilsatz 3, der objektiv und subjektiv, d. h. im Willen der Frau begründete wirtschaftliche Zusammenhang des Rechtsgeschäfts mit dem Vorbehalts-

[6]) Bd. 4 S. 178.

gut,[7]) liegt in dem unentgeltlichen Austausch zwischen den beiden Vermögensmassen der Frau offenbar vor.

Auch die Form des Ehevertrages ist nicht nötig, da es sich in der Überlassung von verbrauchbaren Sachen des eingebrachten Guts seitens des Mannes „nicht um einen spezifisch güterrechtlichen Erfolg",[8]) sondern um einen Vertrag handelt, der unter Ehegatten wie unter Nichtehegatten geschlossen werden kann. Schließlich ist auch das Moment gleichgültig, daß auf diesem Wege die Frau Gegenstände zu Vorbehaltsgut erlangt, die bereits als Bestandteil des eingebrachten Gutes figurierten. Denn für solche Geschäfte, die übrigens in der Frage der internen Schuldenausgleichung zwischen Vorbehaltsgut und eingebrachtem Gut im § 1417 BGB. ausdrücklich geregelt werden,[9]) gilt, worauf v. Tuhr[10]) zutreffend hinweist, das gleiche, wie wenn die Vermögensverschiebung zwischen Vermögensmassen zweier verschiedener Subjekte stattfände.

Somit würde auch von unserem Standpunkte aus, wonach das von der Ehefrau selbständig betriebene Unternehmen als organisches Ganzes in ihr Vorbehaltsgut fällt, kein Einwand dagegen erhoben werden können, mit Hilfe der dritten Alternative des § 1370 BGB. die Betriebsmittel dem Vorbehaltsgut zuzuführen.

Wolff bemerkt nun ausdrücklich, daß die zum eingebrachten Gut gehörenden Betriebsmittel lediglich deshalb, weil die Frau sie in ihrem als Vorbehaltsgut anzusprechenden Unternehmen arbeiten läßt, noch nicht Vorbehaltsgut werden; vielmehr sei dazu nötig, daß der Mann sie „zu solcher Verwendung ausdrücklich oder stillschweigend (z. B. Nichtwiderspruch trotz Kenntnis) überlasse".

Dieser Auffassung ist insoweit uneingeschränkt beizutreten, als der Mann diese Gegenstände ausdrücklich seiner Frau überläßt. Dagegen läßt sich nicht leugnen, daß die Frage schwer zu entscheiden ist, wann die Frau Sachen, die zu ihrem Eingebrachten gehören, in ihrem Erwerbsgeschäft lediglich arbeiten läßt und wann

---

[7]) vgl. Engelmann § 1370 Bem. 2c; Wolff S. 170.

[8]) v. Tuhr S. 338; vgl. Wolff S. 143.

[9]) vgl. v. Tuhr S. 343ff., namentlich aber Wolff S. 206ff.

[10]) S. 338.

der Mann diese Sachen ihr stillschweigend, z. B. bei Nichtwiderspruch trotz Kenntnis, überlassen habe. Die Grenze zwischen diesen beiden Möglichkeiten ist nicht nur überaus flüssig, man darf getrost behaupten, daß die erstere Möglichkeit kaum in Betracht kommt. Denn da der Ehemann regelmäßig wissen wird, ob seine Frau ein Geschäft betreibt, müßte, wenn er trotz dieser Kenntnis keinen Widerspruch erhebt gegen die Verwendung der Sachgüter im Unternehmen der Ehefrau, nach Wolff stets die Tatsache vorliegen, daß der Ehemann, wenn nicht ausdrücklich, so stillschweigend seiner Frau das Warenlager zum Umsatz im Geschäft überlassen habe. Ob man aber mit Wolff so weit gehen soll, die sicherlich etwas dunkle Klausel des § 1370 Teilsatz 3 in der vom § 1405 Abs. 2 angegebenen Richtung extensiv zu interpretieren, ist u. E. zu verneinen. Denn im Gegensatz zu § 1405 Abs. 2 setzt § 1370 Teilsatz 3 unbestritten eine beim Erwerb entweder ausdrücklich geäußerte oder aus den Umständen sich ergebende Willenseinrichtung der Ehefrau als des Vermögenssubjekts voraus. Dieser Willensakt der Ehefrau liegt aber zweifellos nicht vor, wenn Wolff ohne jedes Hinzutun ihrerseits lediglich auf Grund einer auf dem unausgesprochenen Willen des Mannes beruhenden Rechtsfolge das Warenlager in das Vorbehaltsgut der Ehefrau einreihen will.[11])

Verneinen wir aber insoweit die Berechtigung, im Interesse der Frau durch Analogieschluß aus § 1405 Abs. 2 mit der dritten Alternative des § 1370 zu operieren, so verliert die Wolffsche Argumentation wesentlich an Durchschlagskraft. Denn wenn ein Ehevertrag nicht abgeschlossen worden ist, wird zwar im Sinne des § 1405 die ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Mannes zum Geschäftsbetrieb selbst in der Regel vorliegen, aber darüber wird sich der Mann meist nicht besonders aussprechen, ob er seiner Frau das zum eingebrachten Gut gehörige Geschäftssubstrat ausdrücklich überlasse. Nach unserer Auffassung würde aber in diesem Falle das Geschäftssubstrat, soweit es

---

[11]) Die Literatur spricht sich darüber nicht aus; vgl. z. B. Kohler im ArchBürgR. Bd. 22 S. 14; Beyer, Surrogation S. 223, 259; Planck zu §§ 1370, 2041; v. Tuhr S. 335.

nicht gemäß § 1367 im Laufe der Zeit Vorbehaltsgut wird, im eingebrachten Gut verbleiben, was bei Kreuzung der Interessen von Mann und Frau Bedeutung erlangen würde.

Dagegen schließen wir uns, wie bereits bemerkt wurde, Wolff in der Anwendung des § 1370 für den nach den vorstehenden Ausführungen vermutlich sehr seltenen Fall, also insoweit an, als der Mann der Frau gegenüber die Erklärung abgibt, daß er ihr die noch im eingebrachten Gut befindlichen Unternehmensbestandteile zur Verwendung in ihrem Unternehmen überlasse. Die Beweislast würde naturgemäß der Frau obliegen, die die Vorbehaltsgutseigenschaft der Geschäftsbestandteile gemäß § 1370 behauptet. In diesem Falle muß man jedoch nicht nur, wie Wolff es tut, die Betriebsmittel, d. h. das Inventar, die fertigen, halbfertigen und rohen Waren und die Geldbestände, die im Betriebe vorhanden sind, sondern folgerichtig auch die Geschäftsforderungen, die zum Geschäft gehörigen Effekten und Kundenwechsel, die Patent- und sonstigen Rechte u. dgl. unter § 1370 Teilsatz 3 subsumieren, zumal ein geordneter Geschäftsbetrieb wesentlich erschwert wäre, wenn diese Rechte und Wertpapiere im eingebrachten Gut verbleiben würden und demgemäß die Frau bei Fehlen der Voraussetzungen des § 1405 ohne Zustimmung des Mannes nicht über sie verfügen könnte.

Nach den bisherigen Ausführungen treten wir uneingeschränkt Wolff darin bei, das selbständig betriebene Unternehmen als Ganzes unabhängig von seinen Bestandteilen als Vorbehaltsgut der Ehefrau zu charakterisieren. Dieses Ergebnis stimmt auch mit dem Willen des Gesetzes überein. Denn wie die Motive[12]) aussprechen, beruht die singuläre Vorschrift des § 1367 auf dem Gedanken, daß der Frau der Ertrag ihrer Tätigkeit zukommen soll. Dann muß ihr aber auch dadurch, daß der Mann rechtlich verhindert wird, das Unternehmen an sich zu reißen, die Möglichkeit gewährt werden, diesen Ertrag zu erzielen.

Dieses Bedürfnis liegt bei den Gütergemeinschaftsformen nicht vor. Denn hier fällt mangels eines Ehevertrages entweder das Geschäft einschließlich des gesamten Substrats überhaupt oder doch

---

[12]) Bd. 4 S. 174 ff., 503 ff.

jedenfalls der Erwerb daraus ins Gesamtgut.[13]) Infolgedessen werden hier die Ehegatten in der Regel sich auch eher verständigen, da ja zumindest der Geschäftsgewinn beiden zugute kommt.

Eine Parallele zu den verschiedenen Gütergemeinschaftsformen läßt sich also nicht ziehen. Nun darf allerdings der Gesichtspunkt, durch Einreihung des Unternehmens als wirtschaftlichen Ganzen ins Vorbehaltsgut den Ertrag im Sinne des § 1367 der Frau zu sichern, nicht dahin führen, die Rechte des Ehemannes an den Unternehmensbestandteilen, soweit sie zum eingebrachten Gut gehören, illusorisch zu machen. Insofern gewährt die Heranziehung des § 1370 Teilsatz 3 nach unserer im Gegensatz zu Wolff vertretenen Auffassung der Frau nur dann eine Hilfe, wenn der Mann sich ausdrücklich darüber geäußert hat, ob er die Betriebsmittel usw. seiner Frau zur Verwendung im Geschäft überlassen wolle.

Liegt dagegen dieses Erfordernis nicht vor, so ergibt sich, wie dargelegt wurde, für Unternehmen mit wesentlicher realer Grundlage die praktische Spitze, daß die Frau über das eingebrachte Gut nicht ohne Zustimmung des Mannes verfügen, der Mann aber gemäß § 1376 Ziff. 1 über das zum eingebrachten Gut gehörige Warenlager willkürlich bestimmen und ebenso alle weiteren ihm durch die §§ 1376 ff. gewährten Rechte ausüben kann. In diesem Falle wäre also ein geregelter Geschäftsbetrieb unmöglich. Allerdings wäre die Ehefrau, wenn das Warenlager dadurch, daß der Ehemann die ihm zustehenden Rechte ausübt, aus dem Unternehmen ausscheidet, nicht gehindert, durch Inanspruchnahme des Kredits oder mit Mitteln etwaigen Vorbehaltsguts neue Betriebsmittel ihrem Unternehmen zuzuführen, und zwar würden die Neuanschaffungen dann nicht nur aus dem Gesichtspunkt des § 1367 als Erwerb, sondern auch als ein auf Vorbehaltsgut bezügliches Geschäft im Sinne der dritten Alternative des § 1370 als Vorbehaltsgut zu qualifizieren sein. Aber auch in diesem Falle wäre die Ehefrau nicht befugt, über die ausstehenden Forderungen und sonstige Rechte, soweit sie noch zum eingebrachten Gut gehören, ohne Zustimmung des Mannes zu verfügen.

[13]) §§ 1438, 1524 Abs. 1 Satz 2, 1549 BGB.

Rückblick und Schlußwort.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, daß wir, obwohl wir den Ausgangspunkt der Betrachtungen Wolffs über den Begriff des Unternehmens grundsätzlich ablehnen, seinen Deduktionen folgen zu können glauben. Auch von unserem Standpunkt aus bedeutet sein Problem insofern einen Fortschritt, als es das von der Ehefrau selbständig betriebene Unternehmen unabhängig von seinen Bestandteilen in ihr Vorbehaltsgut fallen läßt und damit dem Mann ebenso wie die Entscheidung des Reichsgerichts in jedem Falle verbietet, das Unternehmen seiner Frau in Eigenbetrieb zu nehmen. Dieses Ergebnis ist demnach von unmittelbarer praktischer Bedeutung für solche Betriebe der Frau, in denen überhaupt kein oder doch kein sonderlich großes Substrat vorhanden ist. Dagegen können wir uns in der Einverleibung der zum eingebrachten Gut gehörenden Betriebsmittel ins Vorbehaltsgut nur für den, wie gezeigt wurde, recht seltenen Fall mit Wolff einverstanden erklären, daß der Mann das Warenlager, das Inventar, die Geschäftsforderungen, die Geldbestände, die Effekten, die Patent- und sonstigen Rechte der Frau zur Verwendung für den Geschäftszweck ausdrücklich überlassen hat.

Somit kann man sich der Erkenntnis nicht verschließen, daß dort, wo die güterrechtlichen Interessen sich meist überhaupt erst kreuzen, nämlich bei Unternehmen, in denen Sachgüter eine große Rolle spielen, auch Wolffs Problem in der Regel die freie Stellung, die das Gesetz der Frau einzuräumen unterlassen hat, in dem wünschenswerten Umfang ihr nicht geben kann, sich vielmehr als ein durch die Mängel der deutschen Gesetzgebung veranlaßter Notbehelf charakterisiert.

Die wirtschaftliche Abhängigkeit der Frau von ihrem Manne könnte de lege ferenda nur dadurch gemildert werden, daß unter

Ausbau des im § 1405 enthaltenen Gedankens ein Einspruch des Mannes gegen den Geschäftsbetrieb der Frau oder der Widerruf seiner Einwilligung zum Geschäftsbetrieb nur für den Fall eines wichtigen Grundes zulässig sein dürfte und die Frau in der Lage sein müße, gegen eine mißbräuchliche Maßregel des Mannes das Vormundschaftsgericht anzurufen.[1]) Ebenso müßte dem Mann die Befugnis genommen werden, durch Ausübung des ihm in § 1376 Ziff. 1 gewährten Rechtes einen ordnungsmäßigen Geschäftsbetrieb zu vereiteln.

Durch die der Frau so verliehene, ohne besonderen Grund nicht entziehbare Verfügungsmacht über ihr zum Geschäft gehöriges eingebrachtes Gut sowie ihre Fähigkeit, sich im Rahmen des konkreten Betriebes mit Wirksamkeit gegen das eingebrachte Gut zu verpflichten, würde nicht nur, wie heute, die Frau berechtigt sein, den Geschäftserwerb ihrem Vorbehaltsgut zuzuführen, sondern es würde auch im Gegensatz zum jetzigen Stande der Gesetzgebung das Eigentum der Frau am Unternehmen und seinen Bestandteilen gewahrt bleiben.

Zwar würde diese über den Rahmen der zweiten Alternative des § 1367 noch hinausgehende Sicherheitsmaßregel zweifellos gegen den Grundgedanken verstoßen, auf dem das ordentliche gesetzliche Güterrecht beruht, nämlich die Nutznießung des Mannes am Vermögen der Frau beseitigen und für den Fall, daß die Frau außer ihrem Geschäft kein nennenswertes Vermögen besitzt, praktisch zur Gütertrennung führen. Da aber, wie in dieser Arbeit dargetan worden ist, auch von Wolffs Standpunkt aus für das geltende Recht u. E. eine Gestaltung der Rechtslage des Unternehmens, die dem Interesse beider Gatten in jeder Beziehung gleichmäßig entspricht, bei Mangel eines Ehevertrages nicht denkbar ist, bleibt eben, wenn man mit der der Frau auf allen übrigen Gebieten fast durchweg eingeräumten und auch gesicherten Selbständigkeit Ernst machen will, eine andere Regelung als die vorgeschlagene nicht möglich. Etwaige Gefahren, die sich aus dieser Machtvollkommenheit der Frau dem Mann gegenüber ergeben könnten, wären dadurch zu heben, daß das Vormund-

[1]) vgl. zum folgenden teilweise Hörle S. 150; Isay S. 184.

schaftsgericht befugt wäre, unter bestimmten Voraussetzungen nach seinem Ermessen die Rechte der Ehefrau zu beschränken, Sicherheitsleistung anzuordnen und im Notfalle den Ehemann zum Betriebe des Unternehmens zu ermächtigen. Im letzteren für die Frau allerdings sehr gefährlichen Falle dürfte entsprechend der Vorschrift des § 1655 nur der aus dem Betriebe sich ergebende jährliche Reingewinn unter Berücksichtigung vorangegangener Verlustjahre dem Manne zukommen.

Aber auch eine derartige Regelung kann für das wirtschaftliche Verhältnis zwischen Mann und Frau nur als ultima ratio in Betracht kommen. Denn auch hier gilt, was Hachenburg[2]) in einem anderen Zusammenhang mit Recht ausspricht: daß das Gesetz mit seinen plumpen Händen die Ehe zerreißen, aber nicht gestalten kann. Wenn das Recht der Frau auf eine würdige pekuniäre Stellung erst erzwungen werden muß, ist die Ehe schon zerstört.

---

[2]) In seiner Besprechung der Schrift „Die pekuniäre Unabhängigkeit der Ehefrauen" von Marianne Weber in DJZ. 1912 S. 674.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.